

DE LA CONTREPASSATION
DES EFFETS IMPAYÉS EN CAS DE FAILLITE
DE L'UNE DES PARTIES
EN COMPTE COURANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 juin 1938, à 14 heures

PAR

René HUET

MEMBRES DU JURY :

Le Président : M. J. ESCARRA, professeur.

Suffragants : { MM. J. PERCEROU, professeur.
 J. HAMEL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^e)

1938

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA CONTREPASSATION
DES EFFETS IMPAYÉS EN CAS DE FAILLITE
DE L'UNE DES PARTIES
EN COMPTE COURANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 juin 1938, à 14 heures

PAR

René HUET

MEMBRES DU JURY :

Le Président : M. J. ESCARRA, professeur.

Suffragants : { MM. J. PERCEROU, professeur.
 { J. HAMEL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)



PREFACE

Il est d'usage et d'une bonne logique, lorsqu'on se propose d'étudier une question juridique, de commencer par définir l'institution, à laquelle elle se rattache, en l'espèce le compte courant.

Le compte courant n'est défini dans aucun texte légal. La loi, d'ailleurs, a été des plus discrètes à son égard, puisqu'elle s'est contentée de faire deux allusions à son existence : l'une dans l'article 33 de la loi du 24 germinal an XI, relative à la Banque de France (1), l'autre dans l'article 575 alinéa 2 du Code de Commerce (2).

Le compte courant est né de l'usage commercial, et comme les auteurs ne s'entendent pas exactement sur sa nature, il n'est pas étonnant qu'ils ne s'entendent pas non plus sur la définition à lui donner.

Lorsque deux personnes (3) sont en relations d'affaires, d'où naissent des créances réciproques, il leur est commode, afin d'éviter des règlements multiples, de convenir de faire à certaines dates un règlement unique après compensation de leurs créances respec-

(1) Cet article est ainsi conçu : « Aucune opposition ne sera admise sur les sommes en compte courant dans les banques autorisées ».

(2) Art. 575, al. 2 C. de Com. : « Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur ».

(3) Appelées généralement « correspondants ».

tives. A cet effet chacune d'elles, ou l'une au moins, ouvre à l'autre un compte qui portera essentiellement deux colonnes. Dans l'une, celle des crédits, elle portera la valeur des créances de son correspondant ; dans l'autre, celle des débits, elle portera la valeur de ses propres créances. A la date prévue, et sinon, à tout moment, la différence (ou balance) entre les totaux de ces deux colonnes, indiquera la somme à régler par l'un des correspondants à l'autre.

Il importe dès à présent d'indiquer qu'un compte où figurent des articles de crédit et de débit n'est pas forcément un compte courant (1).

Lorsqu'un fournisseur ouvre à son client un compte dans lequel il le débite du montant des factures et le crédite des acomptes versés, on est en présence d'un compte « par doit et avoir ». Ce compte n'est qu'un tableau, un aide-mémoire, destiné à permettre au fournisseur de connaître, à chaque instant, le montant de sa créance. Juridiquement il n'y a que des contrats de vente successifs, et les rapports des deux parties sont soumis au droit commun des obligations, et plus spécialement de la vente.

De même, lorsqu'un banquier reçoit d'un client des espèces, ou des valeurs (effets de commerce, coupons, etc...) à charge d'encaissement, il ouvre à son client un compte, au crédit duquel figurent ces espèces et les valeurs recouvrées, et au débit duquel sont portés les prélèvements faits par le client sur les sommes disponibles ; on est là en présence d'un « compte de dé-

(4) Voir à ce sujet Piret, « Le Compte courant », p. 40 et suivantes.

pôt », qui met simplement en jeu les règles juridiques du dépôt et accessoirement celles du mandat.

Lorsque, encore, une personne convient avec une autre de lui consentir des avances en espèces, et qu'elle lui ouvre un compte, qu'elle débite du montant des avances faites, et crédite de la valeur des remboursements, on est en présence d'un « compte d'ouverture de crédit », qui met en jeu les seules règles du contrat de prêt.

Ces quelques types de comptes, très répandus d'ailleurs, ne sont que des tableaux synoptiques. S'ils n'existaient pas, les contrats qui les alimentent produiraient les mêmes effets.

Il est un type de contrat, très répandu dans le commerce : c'est le contrat d'escompte, dans lequel le « crédit » indispensable au commerce trouve l'un de ses instruments les plus puissants et d'emploi le plus simple.

Lorsqu'un négociant achète ou vend des marchandises d'une valeur quelque peu importante, il est rare qu'il les achète ou les vende au comptant. L'acheteur s'offre généralement à payer la marchandise dans un délai de 30, 60 ou 90 jours ; dans des cas particuliers, le délai sera même beaucoup plus long.

En règlement de sa dette à terme il est fréquent que le débiteur souscrive des effets de commerce que le vendeur pourra garder jusqu'à l'échéance, ou remettre en paiement à un fournisseur, mais que presque toujours il endossera à un tiers, pratiquement un banquier, qui lui en avancera le montant, sauf déduction de ses frais et bénéfices. Une telle opération est

dite d'escompte. Le négociant est appelé « remettant » (5) et le banquier « récepteur ».

Etant donné le nombre des effets de commerce qu'un négociant est amené à escompter, il est apparu, dès le début du xix^e siècle qu'il y avait avantage, tant pour le négociant que pour son banquier, à ce que les opérations d'escompte soient inscrites dans un compte.

Ce compte n'a, d'abord, été considéré que comme un tableau, analogue à ceux dont il a été parlé ci-dessus, mais assez rapidement, l'extension prise par ce type de compte, le fait que dans un but de simplification de leurs relations pécuniaires, les parties se sont mises à l'alimenter progressivement, non plus seulement par des contrats d'escompte, mais subsidiairement par des contrats de dépôt, de prêt, par des créances diverses (6), l'accroissement considérable des risques du banquier, la nécessité de favoriser le crédit commercial, ont amené la jurisprudence, interprétant l'usage à émettre quant au fonctionnement et aux effets de ces comptes, des principes, qui adoptés et développés par la doctrine, ont finalement servi à caractériser un *véritable contrat nouveau, dénommé compte courant* (7).

(5) Plus rarement : « remetteur ».

(6) Nées par exemple de quasi-contrats, délits ou quasi-délits (cf. Planiol, II, 805 et s.).

(7) Le fait que lorsque deux personnes ont décidé de régler leurs créances réciproques par le moyen d'un compte courant, elles peuvent faire entrer dans ce compte des créances résultant de dépôts, de prêts, etc... dont les caractères propres sont puissamment modifiés par le caractère du contrat de compte courant ; le fait aussi que par un défaut d'éducation juridique on qualifie souvent dans la pratique de compte courant, des comptes de dépôt ou d'ouverture de crédit, ou même par « doit et avoir », a beaucoup

Il ne faut pas confondre le compte courant et le compte d'escompte. Actuellement, le compte d'escompte est presque toujours un compte courant (8), mais inversement, un compte courant peut ne pas être alimenté par des opérations d'escompte.

L'on s'accorde actuellement à dire que le contrat de compte courant est un contrat spécial « sui generis » qui existe indépendamment des contrats divers qui servent à l'alimenter. On admet encore qu'une caractéristique essentielle du compte courant est la réciprocité, et l'enchevêtrement (9) des remises, c'est-à-dire des « opérations » qui ont pour effet de faire naître à la charge de l'un des correspondants une créance de somme d'argent destinée à entrer en compte » (10), et que la balance résultant de ces remises ne doit pas être obligatoirement à la charge de l'un des correspondants désignés par avance.

Mais dire d'un contrat qu'il est « sui generis » reste insuffisant pour en définir la nature et les effets. Quant

contribué à compliquer et obscurcir dès leur point de départ, les discussions sur le compte courant. Il n'est, pour s'en convaincre, que de se reporter aux discussions des membres de la Commission du compte courant de la Société d'Etudes Législatives (cf. *Bulletin*, 1935, p. 189). Les lois fiscales, et leur application par la jurisprudence, ont également contribué à la confusion (cf. Mater, *Revue du Dr. banc.*, 1932, p. 324 et s.).

(8) Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que chaque opération d'escompte soit traitée isolément : par exemple qu'en cas de non paiement d'une traite par son accepteur à l'échéance, le tireur obligé de payer affecte spécialement son versement au règlement de la traite. Mais de la sorte, on aboutirait vite à une complication telle dans les rapports des parties, qu'une pareille éventualité n'est guère réalisable.

(9) L'expression d'enchevêtrement a été employée par M. Hamel dans son rapport présenté au nom de la Commission du compte courant devant la Société d'Etudes Législatives (cf. *Bull. Sté d'Et. Législ.*, 1934, p. 242). M. Hamel paraît l'avoir lui-même emprunté à l'Avocat Général Desjardins.

(10) Piret, *loc. cit.*, p. 23, *in fine*.

à la réciprocité, l'enchevêtrement des remises et le sens variable de leur balance, ils caractérisent moins le compte courant que les créances qui sont destinées à être réglées dans son cadre.

Or, dès qu'il s'agit de préciser la nature du contrat de compte courant et les effets de ce contrat sur les créances qui l'alimentent, l'accord cesse de régner entre les tribunaux et surtout entre les auteurs. Autour d'une théorie principale, des théories dissidentes sont émises, et des dissensions règnent, très préjudiciables au bon fonctionnement de l'institution.

Il nous paraît impossible de prétendre étudier l'un des aspects du compte courant en restant dans l'incertitude quant aux caractéristiques essentielles de ce contrat. C'est la raison pour laquelle, *dans un premier chapitre, nous exposerons les grandes théories existant sur la nature et les effets du compte courant*. Ce n'est qu'après avoir pris un parti entre ces théories que nous pourrons aborder l'objet même de notre étude.

Nous avons dit que c'est à l'occasion du règlement d'opérations d'escompte, que la jurisprudence et les auteurs ont été amenés à créer, sous le nom de compte courant, un type de contrat nouveau. Bien que ce contrat serve fréquemment à l'heure actuelle de cadre au règlement de créances réciproques d'origines très diverses, il n'en reste pas moins qu'encore maintenant l'escompte est l'aliment principal des comptes courants.

Lors de la remise d'un effet à l'escompte, le receveur en inscrit le montant au crédit du compte du re-

mettant, mais il est d'usage depuis le début du XIX^e siècle de laisser au récepteur la faculté, lorsque l'effet escompté est impayé à son échéance par le débiteur principal (accepteur de la traite ou souscripteur du billet à ordre), de porter la valeur de cet effet au débit du compte du remettant. *Cette opération comptable est appelée « contrepassation ».*

Depuis que le droit de contrepassation a été accordé au récepteur, de nombreuses et très diverses opinions ont été émises tant en jurisprudence qu'en doctrine pour le justifier et l'expliquer juridiquement. Ces discussions ont abouti à une solution dominante, au sujet de laquelle les controverses n'ont jamais complètement cessé.

D'autre part, pour des motifs qu'il serait prématuré d'exposer dès maintenant, il a été discuté de savoir si la contrepassation reste possible, après qu'un jugement a déclaré en état de faillite l'un des correspondants en compte courant. Nous indiquerons et apprécierons les raisonnements grâce auxquels l'affirmative a prévalu.

Nous plaçant toujours dans le cas de faillite nous examinerons diverses questions importantes (dont beaucoup se posent d'ailleurs, mais d'une façon plus simple, lorsque les correspondants sont à la tête de leurs affaires) **savoir :**

A qui appartient le droit de contrepasser,

A quelle époque la contrepassation est possible,

Quelles sommes peuvent être contrepassées,

Quelle est l'influence de la négociation de l'effet par le récepteur, sur son droit de contrepasser,

A quelles formalités est subordonnée la contrepassation.

Toutes ces matières : *étude sommaire du contrat d'escompte, nature et fondement de la contrepassation, son exercice en cas de faillite de l'un des correspondants, feront l'objet de notre deuxième chapitre.*

L'escompte d'un effet de commerce s'accompagne de son endossement en blanc, autrement dit de sa transmission en toute propriété au récepteur, et cet endossement subsiste malgré la contrepassation.

Le report de l'effet impayé, du crédit au débit du compte du remettant, a-t-il une influence quelconque sur le droit de propriété, dont, grâce à l'endossement, le récepteur bénéficiait sur l'effet escompté ? Sur ce point, les théories les plus diverses ont été émises. Les uns prétendent que le droit de propriété du récepteur disparaît, d'autres, que ce droit reste intégral, et entre ces deux extrêmes, des esprits plus modérés ou plus inventifs concluent à la transformation du droit de propriété du récepteur, en un mandat, un droit de rétention, un gage, une garantie innommée, etc...

Lorsque les correspondants sont « in bonis », ces discussions n'ont guère qu'un intérêt spéculatif, puisque, par définition, le correspondant débiteur se trouve en mesure de régler le solde de compte à sa charge, ce qui est l'essentiel.

Au contraire, il devient d'une importance capitale de fixer exactement les droits du récepteur sur les effets contrepassés, lorsque le compte étant créancier en sa faveur, un jugement déclare le remettant en état de

faillite (11). De l'étendue des droits reconnus au récepteur, dépend la possibilité pour celui-ci de recouvrer ou non à son profit, sur les coobligés du remettant, les effets contrepassés.

Nous verrons que c'est la solution la plus favorable au récepteur, à savoir le maintien de son droit de propriété, qui a prévalu devant la Cour de Cassation, mais que cette haute juridiction a été obligée de fixer néanmoins au droit du récepteur, certaines limites, sur lesquelles s'exercent de vives critiques ne visant à rien moins qu'à détruire tout entier le système adopté par la Cour.

Le problème est d'ailleurs plus complexe qu'il ne paraîtrait d'après l'exposé que nous venons d'en faire. C'est qu'en effet, aux lois du change qui gouvernent l'escompte et aux règles coutumières qui président au fonctionnement des comptes courants, s'ajoutent, en cas de faillite d'un correspondant, des textes nouveaux, qui conçus d'un point de vue très général sont difficiles à concilier avec les lois et les règles de l'escompte en compte courant. Nous chercherons à résoudre les difficultés résultant de la jonction de ce triple courant de lois.

Cette étude des effets de la contrepassation nous retiendra dans un troisième chapitre.

Il est facile de concevoir combien il est intéressant pour un banquier qui fait des opérations d'escompte, de pallier d'avance, dans la mesure du possible, par la

(11) L'intérêt du récepteur est le même en cas de déconfiture du remettant, mais c'est là un événement assez rare, les correspondants en compte courant étant presque toujours des commerçants.

voie contractuelle, aux fâcheuses conséquences que pourrait avoir pour lui la faillite éventuelle de son client.

Aussi, depuis quelques années on rencontre souvent dans les conventions d'escompte en compte courant, des clauses modifiant dans un sens favorable aux banquiers, l'exercice et les effets de la contrepassation en cas de faillite du remettant.

Certes, ces clauses qui diminuent les risques du banquier sont de nature à favoriser le développement des opérations d'escompte, mais d'autre part, elles portent un préjudice indirect aux autres créanciers du failli. Aussi certains auteurs et tribunaux vont jusqu'à dire qu'elles doivent être réputées nulles, comme contraires au principe de l'égalité des créanciers.

Nous nous prononcerons sur la validité de ces clauses dans un quatrième chapitre.

De notre tour d'horizon, nous essaierons de déduire les principes d'une doctrine homogène, satisfaisante au point de vue juridique, et conciliable avec les contingences pratiques.

CHAPITRE PREMIER

THEORIE GENERALE DU COMPTE COURANT

Historique

Antérieurement au ^{xix}e siècle, le mot de compte courant n'est qu'exceptionnellement prononcé (1). Certes les commerçants, au moins ceux d'un certain niveau, avaient pris de longue date l'habitude, de noter leurs créances et leurs dettes, et de compenser les unes avec les autres, lorsqu'elles étaient nées de relations d'affaires avec un même fournisseur ou client, mais la notation de ces créances et dettes, simple procédé mnémotechnique et plus rarement instrument de preuve, n'entraînait aucune conséquence particulière.

Au début du ^{xix}e siècle, l'expression « compte courant » commence à être employée, mais ne correspond qu'à une notion confuse.

Le jurisconsulte MERLIN DE DOUAI disait le 8 germinal an XI, devant la Cour de Cassation : « On appelle « compte courant, en termes de commerce, l'état que « deux négociants tiennent de leur « doit » et « avoir » « mutuel, et en termes de banque, le tableau des lettres « de change que les banquiers et négociants tirent les

(1) Il est employé par Savary qui, dans son « Dictionnaire Universel du Commerce », déclare : « Les marchands et négociants tiennent un livre de compte courant, sur lequel ils écrivent les copies de tous les comptes qu'ils dressent ».

« uns sur les autres et des remises qu'ils se font réciproquement. »

A partir de cette époque, le mot « *compte courant* » s'est installé progressivement dans le *langage commercial*, où il n'a cessé même jusqu'à nos jours d'être utilisé, d'une façon imprécise et générale, pour désigner les comptes existant entre deux personnes.

En même temps qu'il est entré dans le langage commercial, le mot compte courant est entré dans le *langage juridique*, mais ce dernier l'a rapidement « spécialisé », en l'utilisant à la désignation d'un type particulier de contrat.

Nous avons dit que le compte courant né juridiquement à l'occasion d'opérations d'escompte, avait rapidement englobé des opérations de prêt, de dépôt, de vente, de gage, pour le règlement desquelles il paraissait commode. Il en est résulté l'impossibilité de donner comme une caractéristique du compte courant, la nature des actes juridiques qu'il englobe. Tout au plus est-il devenu possible, par un raisonnement « a contrario », de dire d'un compte qui sert uniquement au règlement de ventes ou au consentement de prêts, ou à des dépôts suivis de prélèvements de l'argent déposé, qu'il n'est pas un compte courant.

Certains auteurs comme Pardessus (2) ont essayé entre 1840 et 1850 d'expliquer le compte courant comme un composé de types de contrats connus : mandat, prêt, dépôt irrégulier, mais cette conception qui distinguait mal le contrat de compte courant, et les divers

(2) « Droit Commercial », 1842, t. I, p. 304.

contrats qui servent à son fonctionnement, est restée sans lendemain.

Elle a fait place à une théorie qui considère le compte courant comme un contrat d'une nature nouvelle, et tout à fait indépendant des conventions diverses, génératrices des obligations réglées par le moyen du compte courant. Cette théorie émise par DELAMARRE et LE POITVIN (3) en 1840, et développée progressivement par la Jurisprudence, allait devenir la « théorie classique » du compte courant.

SECTION I

La théorie classique

A. — PRÉLIMINAIRES

Si DELAMARRE et LE POITVIN sont considérés comme les créateurs de la théorie classique du compte courant, il serait inexact pourtant de leur laisser tout le bénéfice moral de cette création. Le vrai mérite de ces auteurs a consisté à choisir, dans une jurisprudence assez contradictoire, certains principes plusieurs fois répétés (et le plus souvent simplement négateurs de règles du droit commun), pour les utiliser à la construction d'un système.

Il est intéressant de connaître les grandes lignes des décisions judiciaires, antérieures à 1840, qui ont servi de matériaux à DELAMARRE et LE POITVIN.

Certaines de ces décisions écartaient les règles de

(3) Delamarre et Le Poitvin, « Traité de Droit Commercial », 1840, t. III, p. 421 et s.

la compensation légale, telles qu'elles sont établies par l'article 1290 du Code Civil (4), qui répète les dispositions de la coutume de Paris. Ainsi, un arrêt de la Cour de Cassation du 6 frimaire an XIII avait dit : « que la « disposition de la coutume de Paris sur les compen- « sations, ne peut avoir lieu pour les comptes cou- « rants, dont le débit et le crédit subissent des varia- « tions perpétuelles, et ne se fixent qu'au dernier ter- « me des négociations respectives ».

D'autres décisions avaient écarté les dispositions des articles 1253 à 1256 du Code Civil sur l'imputation des paiements. Ainsi, un arrêt de la Cour de Limoges du 10 novembre 1818 avait dit : « que le compte cou- « rant doit être réglé d'un seul jet, sans imputa- « tions successives ; on additionne les débits et crédits « sans parler d'intérêts ». De même, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 décembre 1827, déclarait : « les opérations commerciales que font ensemble deux « négociants, déterminent un compte courant... ; les « articles de débit et de crédit se balancent l'un par « l'autre et le solde détermine seul la situation respec- « tive des parties ».

D'autres arrêts avaient repoussé les règles édictées par l'article 1907 (5) du Code Civil sur le cours des intérêts. Notamment, un arrêt de la Cour de Bordeaux

(4) Art. 1290 du Code Civil : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ».

(5) Art. 1097 du Code Civil : « Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ».

du 4 juillet 1832 (6) avait décidé que : « Les dispositions du Droit Civil, quant aux intérêts, ne sont point applicables en matière de commerce ; il est d'un usage constant qu'entre négociants qui sont en compte courant, les intérêts sont réciproquement dûs et exigés ».

Enfin, en matière d'intérêts, deux arrêts, l'un de la Cour de Paris du 24 juin 1812 (7), l'autre de la Cour de Cassation du 17 mars 1824 (8), avaient stipulé qu'après l'arrêt d'un compte, son solde porte intérêt de plein droit.

L'interprétation de cette jurisprudence un peu hétérogène et déroatoire au droit commun, conduisit DELAMARRE et LE POITVIN à définir le compte courant : « un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre, ou reçoit de lui, de l'argent ou des valeurs non spécialement affectées à un emploi déterminé, mais en toute propriété, et même sans l'obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettant, sauf règlement par compensation, à dûe concurrence des remises respectives sur la masse entière du crédit et du débit ».

Cette définition peut paraître aujourd'hui confuse, elle contient cependant tous les éléments de la théorie classique, sous sa première forme, savoir :

a) Le compte courant est un contrat d'un type particulier.

(6) *Sirey*, 1833-2-35.

(7) *Sirey*, 1812-2-403.

(8) *Sirey*, 1825-1-147.

b) Par ce contrat, l'une des parties convient de remettre à l'autre de l'argent ou des valeurs en toute propriété.

c) En échange de chaque remise, le correspondant qui reçoit n'est tenu que de porter un article de crédit au compte du remettant.

d) A l'expiration du contrat, s'opère une compensation unique entre les masses des articles de crédit et de débit.

B. — PRINCIPES DE LA THÉORIE CLASSIQUE DU COMPTE COURANT

La Théorie classique sous sa forme actuelle résulte de l'évolution subie par chacun des principes que nous venons d'indiquer :

a) *Le Compte courant est un contrat d'un type particulier*

La doctrine a précisé les caractères du contrat de compte courant (9) : elle le considère comme synallagmatique et à titre onéreux, en ce sens que chacune des parties convient de soumettre à un régime spécial les créances qu'elle possède sur l'autre partie.

Le compte courant est un contrat successif et continu, parce qu'il produit ses effets à mesure des opérations qui l'alimentent.

C'est un contrat consensuel qui existe dès que

(9) Cf. Piret, « Le compte courant », 1932, n° 22.

l'accord des parties s'est réalisé ; les remises n'ont d'influence que sur son exécution (10).

L'unité ne s'est pas encore faite sur le point de savoir, si le compte courant est un contrat accessoire (11), dont les effets sont subordonnés à la naissance d'autres contrats, générateurs de créances et dettes entre les parties ou, au contraire, s'il se suffit à lui-même. Cette dernière opinion qui s'appuie sur le fait que le compte courant loin de subir, modifie l'exécution des contrats qui l'alimentent, est aujourd'hui dominante ; elle nous paraît exacte. Au surplus, la controverse née à son sujet n'a qu'un intérêt doctrinal.

Bien que le compte courant ait été suscité par les besoins du commerce, la jurisprudence admet (12) qu'il peut exister entre des non-commerçants, ou bien entre un commerçant et une personne qui ne l'est pas. Comment déterminera-t-on la nature civile ou commerciale du compte ? La doctrine classique et la jurisprudence s'attachent, pour en décider, à la nature de la majorité des actes juridiques qui ont alimenté le compte et subsidiairement, si ce critérium est insuffisant, à la qualité des parties. Cette méthode assez empirique, reste en somme dans la ligne générale de notre Droit ; on sait, en effet, que les articles 632 et 633 du Code de Commerce contiennent une liste des

(10) Delamarre et Le Poitvin estimaient au contraire que le compte courant était un contrat réel, qui ne pouvait exister si aucune remise n'était faite de part et d'autre. Un système intermédiaire énoncé par Noblet (« Du compte courant », 1848, p. 22) et adopté par quelques auteurs, faisait dépendre l'existence du contrat de compte courant d'une première remise.

(11) C'est l'opinion de Da (« Du contrat de compte courant en Droit français », 1877, p. 132).

(12) Cassation Req., 7 février 1881, *D. P.*, 1-425.

actes de commerce, et que la jurisprudence donne la qualité de commerçant aux individus qui accomplissent des actes de commerce répétés, à titre professionnel, et dans un but de lucre.

Il est inutile de souligner la répercussion de la nature civile ou commerciale, accordée au contrat de compte courant, sur la compétence des Tribunaux chargés de connaître des litiges nés de l'exécution de ce contrat.

De ce que le compte courant est un contrat, il résulte que les règles de Droit commun, relatives à la capacité et au consentement des parties en matière contractuelle, lui sont applicables. Les conditions de capacité et de consentement nécessaires à sa validité peuvent d'ailleurs être différentes de celles requises pour la validité de chacun des contrats qui l'alimentent.

Depuis un arrêt du 24 mai 1870 (13), la Cour de Cassation a constamment jugé que l'existence d'un compte courant était une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond. L'arrêt de 1870, rompait avec une jurisprudence ancienne (14) qui présu-
mait l'existence d'un compte courant, entre deux individus, faisant ensemble des opérations commerciales. La jurisprudence nouvelle est illustrée par un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1900 (15) qui « appréciant
« souverainement les faits de la cause et l'intention
« des parties a déclaré dans un cas d'espèce que la
« dénomination de compte courant, appliquée par les
« correspondants à leurs relations, ne constitue qu'une

(13) *D. P.*, 1871-1-250.

(14) Bordeaux, 3 déc. 1827, *D. P.*, 1830-2-173.

(15) *S.*, 1903-2-289.

« appellation de coutume qui n'a pas imprimé au
« compte les caractères d'un véritable compte cou-
« rant ».

b) *Remises en compte courant*

Dans l'esprit de DELAMARRE et LE POITVIN, les parties convenaient par le contrat de compte courant de se faire des remises d'argent ou de valeurs en toute propriété.

Sous un certain aspect cette notion a été étendue, puisqu'on présume maintenant, sauf convention contraire, que l'intention des parties, lorsqu'il existe entre elles un contrat de compte courant, est de régler, par le moyen du compte, toutes les créances et dettes nées de leurs rapports d'affaires (16).

De nombreuses discussions se sont élevées entre les auteurs sur le sens exact qu'il convient de donner au mot « remise ». M. PIRET (17), après avoir critiqué les diverses définitions proposées, donne la suivante qui est très large : « Toute opération qui a pour effet de
« faire naître à la charge de l'un des correspondants,
« une dette de somme d'argent, destinée à entrer en
« compte ».

L'essentiel est de savoir que ce ne sont pas des remises qui figurent dans le compte, mais des créances, et que celles-ci qui pratiquement sont toujours de sommes d'argent, peuvent avoir d'autres objets (valeurs mobilières, marchandises), sous la seule réserve que les créances d'un même compte soient fongibles entre elles, donc susceptibles de se compenser.

(16) Trib. Com. Lille, 28-10-1927, *D. P.*, 1929-2-127.

(17) *P.* 22, n° 11.

Sous un autre aspect, le principe initial a subi une restriction. On admet presque unanimement à l'heure actuelle que *le transfert de propriété des remises, n'est pas la conséquence du contrat de compte courant*, ou comme on dit souvent de « l'entrée des remises en compte », mais des conventions particulières qui ont fait naître les créances destinées à être réglées en compte (18).

Cette nouvelle conception paraît plus exacte que la précédente. En effet, si presque toutes les créances inscrites en compte se trouvent pratiquement avoir leur origine dans un transfert de propriété d'espèces, valeurs, ou marchandises, il peut arriver que les parties conviennent de faire figurer dans le compte courant des créances nées de quasi-contrats, délits ou quasi-délits. Ces créances n'ayant pas leur origine dans un transfert de propriété, on ne peut plus soutenir que le contrat de compte courant comporte une convention générale de transfert de propriété des remises ; une telle affirmation n'aurait aucun sens.

Il ne serait pas concevable que le compte courant soit alimenté par les remises d'un seul correspondant, puisque il a justement pour objet le règlement de créances réciproques. Mais serait-il possible que le compte courant soit alimenté, d'abord exclusivement par les remises d'un correspondant, puis ensuite uniquement par les remises de l'autre ? Bien qu'il y ait là, à première vue, une simple question de fait, la

(18) La théorie ancienne contestée par Da dès 1877 (p. 128) a par la suite encore été adoptée par Clément (« Etude sur le compte courant », 1899, p. 160), et par de Beaurepaire (« Du compte-courant », 1896, p. 230).

doctrine et la jurisprudence paraissent considérer qu'une caractéristique essentielle du compte courant est une certaine alternance, un enchevêtrement des remises (19).

Etant donné que le but normal du contrat de compte courant, est de faciliter le règlement des créances réciproques nées entre deux personnes de leurs relations d'affaires, il est assez naturel que les remises respectives des parties soient chronologiquement entremêlées. En conséquence, si les remises d'une partie surviennent lorsque les remises de l'autre ont cessé, il y a lieu d'examiner si, sous le couvert d'un compte, les parties loin de régler leurs créances réciproques n'ont pas réalisé, par exemple, un prêt ou un dépôt par versements d'acomptes successifs, suivis de remboursements ou prélèvements successifs.

La question a son importance, car des avantages nombreux ont été créés par le législateur en faveur des parties en compte courant, dans le but d'encourager ce mode de règlement des créances, qui facilite les relations d'affaires et la distribution du crédit. C'est ainsi qu'en matière fiscale les intérêts des créances figurant dans un compte courant ne sont pas soumis à l'impôt cédulaire sur le revenu des créances.

On comprend dès lors que les Tribunaux, tant administratifs que judiciaires, cherchent à dépister

(19) Le projet de réglementation législative du compte courant, élaboré en 1935 par la Société d'Etudes Législatives, consacre d'une façon absolue la valeur de ce critérium, puisque son paragraphe 1, article 3, est ainsi conçu : « Il n'y a pas de compte courant « lorsqu'il résulte du contrat, que les remises de l'une des parties « ne devront commencer que lorsque les remises de l'autre seront « terminées ».

les cas où deux personnes n'ont établi entre elles un contrat de compte courant que pour modifier l'apparence de leurs rapports de Droit. Pour établir cette discrimination, il est d'un précieux secours de considérer la façon dont se succèdent les articles du compte. Mais à notre avis, il serait excessif de vouloir donner la valeur d'un critère absolu, à l'enchevêtrement des créances, qui, s'il existe, permet seulement une présomption empirique de l'existence d'un compte courant.

Disons encore que s'il est normal que la compensation des créances révèle un solde à la charge, tantôt de l'un, tantôt de l'autre correspondant (découvert réciproque), les parties peuvent néanmoins convenir que leurs remises seront telles que le solde sera toujours à la charge d'un même correspondant (découvert unilatéral).

c) Inscriptions des remises en compte. Principe de la novation

Revenons à DELAMARRE et LE POITVIN qui, dans leur définition du contrat de compte courant, disaient que chaque remise est faite « sans l'obligation d'en « tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet. « à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer « le remettant ».

Du fait que le fonctionnement du compte nécessite, lors de chaque remise, l'inscription matérielle de la créance qui y correspond, on a déduit que celle-ci *se trouvait novée en un article de compte*.

Cette idée de novation est un principe fondamental de la théorie classique actuelle.

Remarquons tout de suite que cette novation se produit d'une façon dérogatoire au droit commun. En effet, aux termes de l'article 1273 du Code Civil, « la novation, que subiront leurs créances éventuelles lors dans leur contrat de compte courant, ont comme il est pratiquement de règle, gardé le silence sur la novation que subiront leurs créances éventuelles lors de leur entrée en compte, la théorie classique n'en considère pas moins que cette novation se produit, comme étant dans l'intention des parties, (ou comme étant de l'essence du compte courant, ce qui est une explication moins juridique, mais équivalente). D'autre part, l'article 1271 du Code Civil prévoit trois modes de novation : par changement de débiteur, par changement de créancier, ou par substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, qui se trouve éteinte. En l'espèce, comme le débiteur et le créancier restent les mêmes, c'est seulement par changement de titre que peut se produire la novation ; mais un article de compte est-il un titre de créance ? Nous reparlerons plus loin de cette question (20).

De cette idée que la créance subit une novation concomitante à son inscription dans le compte, des conséquences très logiques (21) et très importantes ont été tirées :

(20) Cf. *infra*, p. 24 et 28.

(21) Conformes aux dispositions légales sur la novation (art. 1271 et s. C. Civ.)

1° Aucune action n'est plus possible en vertu de l'ancienne créance novée (22).

Certains auteurs et tribunaux voulant exprimer l'idée que l'ancienne créance se trouve éteinte, ont dit que la passation d'une créance en compte équivalait à son paiement. Cette expression nous paraît trop absolue.

2° Les privilèges attachés à la créance novée disparaissent : ainsi, le privilège du vendeur de meubles sur les objets vendus, du bailleur d'immeuble sur le mobilier garnissant les lieux loués, du commissionnaire sur la valeur des marchandises qui lui ont été confiées, etc... Cette novation est opposable aux tiers.

3° Les garanties conventionnelles, tant réelles que personnelles, tombent en même temps que se trouve novée la créance qu'elles garantissaient. S'il s'agissait d'une sûreté personnelle, les codébiteurs solidaires et les cautions vont se trouver libérés (23).

4° Les créances inscrites en compte se trouvaient soumises, soit à la prescription trentenaire de droit commun, soit, selon leur nature, à l'une quelconque des prescriptions plus courtes prévues par les articles 2271 et suivants du Code Civil, et par l'article 179 du Code de Commerce. A ces diverses prescriptions particulières, va se substituer une prescription trentenaire uniforme (24). Celle-ci devrait normalement courir pour chaque article de compte à partir de son

(22) Principe émis par la Cour de Cassation dès le 18 janvier 1854 (*D. P.*, 1854-1-108).

(23) Application pure et simple de l'article 1281 du Code Civil.

(24) Nancy, 6 mars 1906, *D. P.*, 08-2-334.

inscription. En fait, elle court à partir de la clôture du compte pour l'ensemble du solde ; nous saurons bientôt pourquoi.

5° La créance ancienne pouvait être civile ou commerciale. Du fait de sa novation, elle va perdre son ancienne nature, lorsque celle-ci n'est pas la même que celle du compte courant (25).

6° Nous avons rapporté plus haut (26) un ancien arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 juillet 1832, décidant qu'en matière de compte courant, les intérêts sont réciproquement dûs et exigés, même si leur taux n'a pas été expressément fixé comme l'exige l'article 1907 du Code Civil. En pareil cas, on appliquera soit le taux légal s'il en existe un (27), soit le taux d'usage. La jurisprudence n'a pas varié en cette matière.

Si le cours de plein droit des intérêts est dérogatoire au droit commun, par contre il est tout à fait normal que la novation, résultant de l'inscription en compte, amène la substitution au taux et au mode de paiement particuliers des intérêts de chaque créance, un taux nouveau considéré comme conventionnel, sur le mode de calcul duquel nous aurons à revenir.

Telles sont les principales conséquences tirées par la doctrine et la jurisprudence, de la novation des créances par leur inscription en compte courant. Cette novation étant présumée résulter de l'intention des parties, il s'ensuit que par des conventions parti-

(25) Cf. *supra*, page 17.

(26) Cf. *supra*, page 14.

(27) Un décret-loi du 8 août 1935 a fixé le taux de l'intérêt légal à 4 % en matière civile et 5 % en matière commerciale.

culières, les parties pourraient décider que telle de leur créance ne sera pas novée. Des conventions de ce genre ne se rencontrent guère, car elles équivaldraient à faire figurer matériellement une créance dans le compte, tout en lui évitant les répercussions juridiques du compte. Mais au contraire, il peut être très utile d'écarter conventionnellement, certaines conséquences gênantes de la novation. C'est ainsi que la perte des sûretés conventionnelles attachées à une créance, pourra être évitée, sans que la créance soit soustraite aux autres effets du compte, grâce à une convention qui reportera l'effet de la sûreté sur le solde du compte, sauf à obtenir l'accord indispensable des coobligés et des cautions s'il s'agit d'une sûreté personnelle, et au cas d'une sûreté réelle, l'accord des tiers qui auraient consenti la sûreté.

La validité d'une telle convention, paraît d'ailleurs justifiée par les termes de l'article 1.278 du Code Civil (28).

d) Compensation unique des créances réciproques
Principe de l'indivisibilité

Le dernier principe émis par DELAMARRE et LE POITVIN était qu'à l'expiration du contrat de compte courant, s'opère une compensation unique entre les masses des articles de débit et de crédit.

Pour ce qui est de déterminer la date de l'expiration du compte, il suffit de se référer au droit com-

(28) Req., 15 juillet 1912, *S.*, 1913-1-36. Il appartient aux tribunaux de refuser ce report de l'effet des sûretés sur le solde du compte, si la volonté des parties n'a pas été suffisamment explicite.

mun des contrats. Les parties peuvent prévoir expressément la durée de leur contrat de compte courant ; à défaut, la manifestation de volonté de l'une des deux parties suffira à mettre fin au contrat. Le décès, la nomination d'un conseil judiciaire, l'interdiction, la faillite ou la liquidation judiciaire, sont réputés avoir le même effet, car le fonctionnement du compte courant, nécessite, à chaque remise, un accord de volontés, qui suppose chez le remettant la capacité d'aliéner, et chez le récepteur la capacité d'acquérir (29). Or l'incapacité du prodigue ou de l'interdit, et le dessaisissement du failli empêchent cet accord des volontés de se réaliser.

Quant au principe qu'une compensation unique s'opère à l'expiration du compte, entre les masses des articles de débit et de crédit, la doctrine (30) et la jurisprudence (31) en ont déduit que pendant toute la durée du compte, il n'existe ni créance, ni dette, mais seulement des articles de compte confondus. Seule la compensation finale pourra faire ressortir une créance, en faveur d'un des correspondants (32). Cette notion est connue sous le nom « d'indivisibilité du compte ».

Les conséquences principales tirées de l'indivisibilité du compte sont les suivantes :

(29) Cass. Civ., 20 juillet 1846, *S. et V.*, 1-875.

(30) Feitu, p. 312 et s.

(31) Cass. Civ., 17-1-49, *D. P.*, 1-49.

(32) L'existence d'une unique compensation à l'expiration du compte suppose la renonciation tacite par les parties aux effets de la compensation légale (art. 1290 C. Civ.). Cette renonciation est possible, les règles de la compensation légale n'étant pas d'ordre public (cf. Planiol, II, n° 593).

1° Pendant la durée du compte, aucun correspondant ne peut agir contre l'autre, en vertu d'un des articles du compte (33).

2° Les remises des correspondants ne sauraient être considérées comme des paiements, puisque par définition, il n'y a pas de dette.

Les remises n'étant pas des paiements, il est à plus forte raison impossible d'appliquer aux articles du compte les règles légales relatives à l'imputation des paiements. Cette règle qui avait été énoncée sans justification par un ancien arrêt de la Cour de Limoges de 1818 que nous avons rapporté (34), devient très logique dans le système de la théorie classique.

De même, les dispositions des articles 446 et 447 du Code de Commerce, frappant de nullité certains paiements faits par le failli pendant la période suspecte, paraissent inapplicables aux remises (35).

3° Aucune saisie-arrêt n'est possible pendant le cours du compte (36), tant sur un article de compte isolé, que sur le solde débiteur que ferait apparaître, au jour de la saisie, à la charge du tiers-saisi, la balance des articles du compte, car l'établissement de cette balance ne serait qu'une opération matérielle, sans effet juridique.

Par contre, une saisie-arrêt pourrait être faite par avance pendant le cours du compte sur la dette que ferait éventuellement apparaître à la charge du tiers-

(33) Bordeaux, 23-1-51, *D. P.*, 1851-2-136.

(34) Cf. *supra*, p. 14.

(35) Cass. Req., 15 février 1875, *D. P.*, 1876-1-318.

(36) Cass. Civ., 23-1-22, *D. P.*, 25-1-72; Paris, 27-1-55, *D. P.*, 55-2-241.

saisi, la compensation des articles de débit et de crédit à l'expiration du compte. Il n'y a là qu'une simple application des règles générales de la saisie-arrêt, qui, d'après la jurisprudence, peut porter sur une créance à terme, incertaine, conditionnelle, ou éventuelle (37). Il est inutile de faire remarquer combien l'effet de la saisie opérée avant la clôture du compte sur le solde éventuel, est illusoire, la partie saisie ayant toujours la possibilité de rendre le solde, débiteur à sa charge.

4° Les articles du compte ne sont susceptibles d'aucune prescription extinctive, puisqu'ils ne sont pas des créances. Seul le solde du compte pourra être prescrit par 30 ans, et sa prescription sera soumise aux règles de droit commun.

5° Le solde du compte constitue une créance unique indivisible.

Le solde sera considéré comme une créance de nature civile ou commerciale, suivant la nature attribuée au contrat de compte courant lui-même ; c'est là une considération assez subtile il est vrai, puisque la théorie classique donne au contrat de compte courant, le caractère de la majorité des opérations qui l'alimentent, de sorte qu'on ne peut dire définitivement qu'à la clôture du compte, quel est son caractère.

La nature civile ou commerciale du solde réagira à son tour sur la détermination du tribunal compétent, pour connaître des litiges relatifs au paiement

(37) Cf. « Précis des Voies d'exécution », par Cuche. (Librairie Dalloz, édition 1933, p. 100).

du solde, ou même à des articles du compte, ceux-ci étant considérés comme éléments constitutifs du solde.

L'évolution des grands principes de la théorie classique que nous venons de décrire en partant de la définition de DELAMARRE et LE POITVIN, nous conduit à une définition du contrat de compte courant plus moderne, dont nous empruntons les éléments à divers auteurs :

« Le compte courant est un contrat par lequel deux
« parties stipulent que les créances qui pourraient
« naître de leurs relations d'affaires, ne resteront pas
« distinctes (sauf convention contraire), mais seront
« novées en des articles de débit ou de crédit formant
« un tout indivisible jusqu'à l'expiration du contrat,
« époque à laquelle leur différence ou solde devien-
« dra exigible. »

C) DÉROGATIONS AUX PRINCIPES DE LA THÉORIE CLASSIQUE DU COMPTE COURANT

Telle que nous venons de l'exposer, la théorie classique apparaît comme une belle « construction juridique » d'un emploi commode. Pourtant l'usage, pour rendre cette « construction » plus utilisable, lui a apporté des additions, fait subir des amputations, et même est allé assez dangereusement jusqu'à s'en prendre à ses œuvres vives.

La notion du compte courant, contrat *sui generis*, par lequel les parties conviennent de soumettre leurs créances réciproques à un régime spécial, est

restée intacte. C'est aux conséquences des concepts de novation et d'indivisibilité, que sous l'empire des nécessités, ont été apportées des exceptions dont nous allons indiquer brièvement les principales.

Par la même occasion, nous verrons que quelques dispositions légales assez rares, ne sont pas compatibles soit avec les principes de la théorie classique, soit, même, avec les dérogations qui y ont été apportées.

a) Dérogations aux conséquences de la novation

1° Article 575 § 2 du Code de Commerce.

Une exception légale à la novation est apportée par l'article 575 § 2 du Code de Commerce, relatif à la revendication des « marchandises consignées au failli à titre de dépôt, ou pour être vendues pour le compte du propriétaire ». Ce paragraphe est ainsi conçu : « Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises, qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, *ni compensé en compte courant* entre le failli et l'acheteur ».

Si le législateur avait appliqué le principe de la novation, il n'aurait pas pu dire, que la créance du commissionnaire sur son acheteur est susceptible d'exister encore, après qu'elle a été inscrite dans le compte courant existant entre ces deux personnes (38).

(38) Le Code de Commerce de 1808 dans son article 581, correspondant à l'article 575 de notre Code actuel, autorisait la revendication du prix ou de la partie du prix, qui n'avait pas été passé en « compte courant ». Cette disposition s'accordait parfaitement avec l'idée de novation.

Si dans le compte courant ouvert par le commissionnaire à son acheteur, il n'existe que des articles de débit, autrement dit si toutes les créances inscrites au compte, sont des créances du commissionnaire, l'application de l'article 575 § 2 n'offrirà aucune difficulté. Il en sera de même si le compte comporte des créances réciproques, lorsque son solde sera en faveur de l'acheteur.

Dans le premier cas, la revendication sera possible ; dans le second elle ne le sera pas.

Lorsque le compte courant contient des créances réciproques et que son solde est en faveur du commissionnaire, des difficultés interviennent sur l'interprétation du mot « compensé » (39).

Les auteurs sont d'accord pour penser que l'article 575 § 2, qui consacre un avantage à une catégorie de cocontractants du failli, doit être interprété restrictivement. En conséquence, si la créance du prix des marchandises vendues par le commissionnaire, a été inscrite dans un compte courant existant entre le commettant et le commissionnaire, cette créance (considérée comme novée) ne peut plus faire l'objet d'une revendication dans la faillite du commissionnaire (40).

2° *Dettes de jeu.*

La jurisprudence estime qu'une dette de jeu inscrite par le débiteur au crédit de son correspondant,

(39) Voir *infra*, p. 83.

(40) Percerou et Desserteaux, « Faillites et Banqueroutes », éd. 1937, n° 1019.

n'est pas novée par sa transformation en un article de compte, et que ce dernier pourra être supprimé par le débiteur, soit avant la compensation finale, soit même après, pour rectifier le solde (41).

On peut évidemment soutenir que la dette de jeu, en tant qu'obligation naturelle n'est affectée par la loi d'aucune action (article 1965 du Code Civil) et qu'il serait inadmissible d'admettre la possibilité d'une novation, dont l'effet serait précisément de donner au créancier l'action qui lui manquait (42).

Mais la doctrine, partant du principe qu'une obligation naturelle peut être acquittée volontairement, estime, dans son ensemble, qu'une telle obligation peut être reconnue et novée (43).

D'autre part, l'article 1967 du Code Civil déclare, au sujet des dettes de jeu, que « dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé » ; or nous avons vu que de nombreux auteurs soutiennent que l'inscription d'une créance en compte équivaut à son paiement.

On peut donc estimer qu'en matière de dettes de jeu une entorse a été faite à la théorie classique.

3° *Inscription en compte de créances non exigibles.*

La jurisprudence refuse de considérer comme novée une créance non exigible inscrite en compte, si

(41) C'est la thèse soutenue par Cassation, 13 décembre 1875, *D. P.*, 1876-1-417.

(42) Planiol, II, n° 534.

(43) Cf. Escara, n° 487, p. 307.

le créancier est déclaré en état de faillite avant la date d'exigibilité (44).

On comprend, du point de vue de l'équité, assez bien cette solution. Le débiteur de la dette à terme pourrait en effet, si l'on admettait la novation et lorsque le solde du compte est créditeur en sa faveur, éviter, grâce à la compensation opérée par la survenance de la faillite entre les articles du compte, d'avoir à payer intégralement sa dette au syndic de la faillite de son créancier et d'être obligé de produire par ailleurs au passif, pour un solde majoré du montant de la dette non exigible.

Aussi les commentateurs ont généralement approuvé cette nouvelle exception apportée au principe de la novation.

4° *Maintien des sûretés.*

La novation a pour résultat en droit commun l'extinction, sauf convention contraire, des sûretés attachées à la créance novée (article 1278 du Code Civil). Nous avons vu que souvent les parties convenaient de reporter, sur le solde éventuel du compte, l'effet des sûretés, qui auraient dû être normalement annulées, et qu'il appartenait aux tribunaux d'apprécier si leur volonté avait été suffisamment explicite (45).

L'attention des tribunaux a été attirée, depuis quelques années, par le fait que justement les parties négligeaient souvent de préciser, ou même simplement d'exprimer leur volonté, sur ce report des

(44) Grenoble, 13 avril 1848, *S.*, 1849-2-358.

(45) Cf. *supra*, p. 26.

sûretés, et qu'il s'ensuivait fréquemment un gros préjudice, à l'expiration du compte, pour le créancier du solde. Aussi quelques juridictions ont décidé de présumer sur ce point l'intention des parties. Cette présomption est évidemment en contradiction avec le principe de la novation des créances, et c'est la raison pour laquelle, la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, faisant sienne cette jurisprudence, a cru devoir dire, dans un arrêt du 29 juillet 1935 (46) :
« L'inscription d'une créance dans un compte courant
« n'emporte pas nécessairement la novation de cette
« créance, et la perte des garanties qui y sont attachées. »

M. Jean ESCARRA (47) a fait remarquer avec justesse que cette présomption d'une convention tacite par laquelle les parties auraient convenu de reporter l'effet des sûretés sur le solde du compte, peut à la rigueur être admise pour justifier le maintien des sûretés conventionnelles, mais ne saurait au contraire expliquer le maintien des sûretés légales. En réalité on ne pourrait justifier la survivance de celles-ci, qu'en presumant que, malgré l'inscription matérielle en compte de la créance garantie, les parties ont entendu faire échapper cette créance à la novation, et par voie de conséquence, à la compensation finale des articles de compte, pour ne la compenser éventuellement qu'avec le solde du compte, si ce dernier est en faveur du débiteur de la créance garantie. Une telle analyse de la volonté des parties, paraît bien subtile.

(46) *S.*, 1935-1-387 ; *D. H.*, 1936-21.

(47) « *Principes de Droit Commercial* », t. VI, p. 312.

5° *Application de l'article 32 de la loi du 9 mars 1918.*

Une exception a été apportée à la novation, à l'occasion de l'application de l'article 32 de la loi du 9 mars 1918, autorisant une commission arbitrale à consentir aux débiteurs hypothécaires victimes de la guerre, des délais de paiement de leurs dettes en principal et intérêts et même à leur faire remise des intérêts capitalisés.

La Chambre civile de la Cour de Cassation (48) a décidé, le 19 novembre 1929, que l'inscription des intérêts dans un compte courant, existant entre le créancier et le débiteur du prêt, n'était pas un obstacle à l'application de la loi, et que le compte pourrait être révisé, de façon à ce qu'en soit supprimée une obligation devenue sans cause (49).

(48) *D. P.*, 1931-1-97, *S.*, 1930-1-65.

(49) La théorie classique, en même temps qu'elle se répandait en France, s'est répandue dans le droit de nombreuses nations européennes et sud-américaines (voir à ce sujet Zamfiresco : « Contribution à l'étude du contrat de compte courant en Droit comparé », thèse, Paris, 1923). En Belgique notamment, elle a subi une évolution très comparable à celle qu'elle a eue en France. M. Piret cite dans son ouvrage sur le compte courant quelques exceptions apportées au principe de la novation par le Droit Belge. La Cour de Bruxelles a notamment admis en 1922 (cf. Piret, p. 73, n° 55) qu'il n'y avait pas novation, au cas d'un virement opéré par un banquier entre les comptes de deux de ses clients, sur l'ordre de l'un de ceux-ci, qui se trouvait débiteur de l'autre. La Cour a estimé qu'il y avait seulement une délégation imparfaite et que le débiteur primitif restait tenu de la dette, malgré l'assentiment donné au virement par le créancier. Cet arrêt est remarquable en ce qu'il a refusé d'admettre qu'il y avait novation par changement de débiteur (faute sans doute d'une décharge expresse donnée par le créancier au déléguant), et par changement de titre (à la suite de l'entrée en compte). Il faut noter l'aggravation apportée par cet arrêt à la situation du débiteur ; celui-ci pourra éventuellement être poursuivi, à la fois par le banquier, en vertu du solde de son compte débité du virement, et par son créancier originaire, si le banquier devient lui-même insolvable.

b) *Dérogations aux conséquences de
l'indivisibilité (50)*

1° *Compensation des articles de compte après
faillite de l'un des correspondants.*

L'une des conséquences de l'expiration du contrat de compte courant est, d'après la théorie classique, une compensation des articles du compte.

Parmi les causes de dissolution du contrat de compte courant se trouve, nous l'avons dit, la survenance de la faillite de l'un des correspondants.

La compensation étant assimilée par notre droit à un double paiement (51) pourra-t-elle s'opérer après le jugement déclaratif de la faillite ? En droit strict, il faudrait répondre non, puisque d'une part la faillite entraîne le dessaisissement du failli (52), donc enlève au failli toute possibilité d'effectuer valablement un paiement, et d'autre part oblige les créanciers à se soumettre pour le recouvrement de leurs créances, à une procédure spéciale (53).

Va-t-on, en conséquence, obliger le correspondant en compte courant à produire au passif de la faillite, pour le montant des articles de débit figurant au compte du failli, et autoriser celui-ci à réclamer immédiatement à son correspondant le montant des articles de crédit ? Personne n'a jamais soutenu cette solution, dont les conséquences seraient très rigou-

(50) Cf. Piret, p. 207 et s.

(51) Planiol, II, n° 588.

(52) Art. 443 du Code de Commerce.

(53) Art. 491 et suivants du Code de Commerce.

reuses pour la partie en compte courant restée *in bonis*.

Mais pour ce qui est de justifier, autrement que par une idée d'équité, la possibilité de cette compensation après le jugement de faillite, les auteurs ne sont pas d'accord.

Certains mettent en avant le principe même de l'indivisibilité, et considèrent que le contrat de compte courant ne peut engendrer qu'une dette unique que seule une compensation finale permet de déterminer (54). D'autres se rangent à l'idée voisine que la compensation est légitime malgré la faillite, parce qu'elle résulte de l'exécution d'un contrat de compte courant qui est antérieur à la faillite, et n'est pas attaquant comme n'ayant pas été fait en fraude des droits des créanciers (55).

M. Percerou estime « qu'à raison du contrat originnaire de compte courant, il s'est établi entre les obligations entrant dans ce compte, une connexité génératrice d'un droit de rétention réciproque sur ces obligations (56). »

Aucune de ces explications n'est vraiment satisfaisante. Le principe de l'indivisibilité, qui n'est en somme, qu'une convention présumée des parties en compte, ne peut absolument pas suffire à empêcher l'application des lois de la faillite relatives au dessaisissement du failli et aux droits des créanciers.

(54) Cholat, « Le compte courant », p. 205.

(55) Labbé, note *Sirey*, 1879-2-145.

(56) Percerou et Desserteaux, « Faillites et Banqueroutes », II, p. 203 et s.

L'idée que la compensation résulte de l'application du contrat de compte courant soulève les mêmes objections, et il est insuffisant, pour y parer, de prétendre que la faillite ne peut suspendre l'application des contrats antérieurement passés par le failli, du moment que l'intention frauduleuse en a été absente; il suffit que ces contrats causent un préjudice à la masse des créanciers, pour que celle-ci, par l'intermédiaire du syndic, puisse contester qu'ils lui soient opposables.

Quant à l'idée de M. PERCEROU, elle a ce mérite que dans d'autres cas où il existe, entre le failli et un de ses créanciers, des créances réciproques et connexes, comme étant issues d'un même contrat, la jurisprudence a admis une compensation après faillite (comptes de communautés, de tutelles, de successions, d'entreprises, d'assurances, etc.), mais la jurisprudence a parfois trouvé dans la loi même (Rapport des dettes en moins prenant pour les successions) ou dans des principes d'ordre public (Survivance des sociétés pour les besoins de leur liquidation), la justification de ses décisions. A défaut de cette justification, elle a toujours été hésitante, faute d'avoir pu dégager un critère définitif (57).

Peut-on soutenir que les créances inscrites dans le compte courant soient connexes ? Il ne le semble pas ; ces créances sont nées de contrats particuliers très divers et le contrat de compte courant n'a déter-

(57) Il est curieux à cet égard de constater, que pour justifier la compensation après faillite, en matière de compte de communauté, un arrêt de la Cour d'Amiens (15 mai 1877, *S.*, 1879-2-145) a déclaré que le compte était indivisible et participait de la nature du compte courant. C'est un cercle vicieux.

miné que leur mode de règlement. Aussi l'idée d'un droit de rétention émise par M. PERCEROU est-elle très fragile, puisque la doctrine et la jurisprudence, les moins exigeantes, requièrent pour l'exercice de ce droit, une corrélation entre la chose retenue et la créance réclamée (58).

Il ressort de ces développements qu'au cas de dissolution du compte courant par suite de faillite d'un correspondant, l'unanimité s'est faite pour repousser l'application de la théorie classique, sans qu'aucune explication juridique satisfaisante n'ait été donnée du système adopté.

2° Détermination du patrimoine de la communauté entre époux.

Lorsque deux époux sont, à défaut de contrat de mariage, soumis au régime de la communauté légale de biens, le patrimoine de la communauté comporte notamment les créances et dettes mobilières existant au jour de la célébration du mariage (59).

Parmi ces créances et dettes, il est d'usage de ranger les soldes résultant de la balance des comptes courants au jour de la célébration du mariage. (60).

3° Production d'intérêts par les articles de compte.

Du principe que les articles de compte sont les simples éléments d'une compensation finale et ne

(58) Planiol, II, n° 2.527.

(59) Art. 1401, § 1 et 1409, § 1 du Code Civil.

(60) « Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence », (Dalloz), Compte courant, n° 90.

constituent pas des créances, on déduirait logiquement qu'ils ne peuvent être productifs d'intérêts. C'est pourtant le contraire qui a toujours été admis.

A défaut d'une convention préalable des parties, l'usage s'est introduit très tôt (61), de faire produire à chaque article de compte des intérêts (au taux légal civil ou commercial selon la nature du compte). La date à partir de laquelle ils courent ne correspond pas forcément à la date d'inscription de l'article. Cette date appelée « valeur » est déterminée par le moment à partir duquel le correspondant qui bénéficie des intérêts a effectué réellement un débours. Comme le compte est matériellement constitué par l'état des remises des deux correspondants, il en résulte que dans le compte tenu par chacun d'eux (62) les articles de débit portent intérêt aussi bien que les articles de crédit.

Ceci étant exposé, il paraîtrait normal qu'à l'expiration du compte on calcule les intérêts portés par les articles et qu'après avoir compensé entre eux les intérêts débiteurs et créditeurs, on en ajoute le solde à celui résultant de la compensation des articles de compte. L'usage ne l'a pas entendu ainsi.

L'habitude s'est établie de dresser périodiquement, généralement chaque trimestre, la balance des articles de compte et celle de leurs intérêts, et de reporter à nouveau la somme de ces deux balances. Le

(61) Cf. *supra*, p. 25.

(62) Généralement, le compte n'est matériellement tenu, *in extenso*, que par l'un des correspondants. Lorsqu'une des parties en compte est un banquier, il est normal que celui-ci, qui dispose des moyens et de l'expérience nécessaire à la tenue des comptes, en soit chargé.

résultat de cette méthode est une dérogation aux dispositions de l'article 1154 du Code Civil, qui limite très strictement la capitalisation des intérêts (ou anatocisme) en ces termes : « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dûs au moins pour une année entière. » (63) (64).

(63) Dès 1840 (Req., 14 juillet 1840), la Cour de Cassation a admis la capitalisation semestrielle des intérêts, et dès 1850 (Civ., 14 mai 1850, S., 1850, 441) la capitalisation trimestrielle. Ces arrêts et ceux qui les ont suivis basent leur décision sur le fait que l'envoi de relevés périodiques par le créancier, évite toute surprise au correspondant débiteur sur l'accumulation des intérêts. Au reste, un très simple calcul (cf. Piret, p. 127), révèle que la capitalisation semestrielle ou même trimestrielle des intérêts, n'a qu'une très faible répercussion sur l'augmentation de la dette.

(64) Il convient, pour être complet, d'indiquer comment sont matériellement calculés les intérêts. Trois méthodes principales sont en présence :

a) *La méthode directe* consiste à déterminer pour chaque article le nombre de jours qui sépare sa date de « valeur », de la date d'expiration du compte et les intérêts dûs pendant cette période. On additionne ensuite les intérêts de même signe et on les compense avec ceux de signe contraire.

b) *La méthode indirecte ou rétrograde* est employée pour éviter les opérations supplémentaires qu'entraîne la méthode directe, au cas où certaines dates de « valeur » sont postérieures à la date d'arrêté du compte. On choisit une date appelée « époque » qui sera soit la date de « valeur » la plus ancienne, soit une autre date antérieure, telle que la date du dernier arrêté de compte, ou de la première opération du nouveau compte. On calcule pour chaque remise les intérêts théoriques courus entre « l'époque » et la « valeur » ; ces intérêts sont évidemment négatifs. On calcule ensuite le montant des intérêts en partie théoriques mais positifs, produits par la balance des capitaux entre l'époque et la clôture du compte. Puis on fait la différence entre les intérêts positifs et les intérêts négatifs. La somme résultant de cette opération représente la véritable balance des intérêts, cherchée.

c) *La méthode hambourgeoise (ou par échelles)*. Elle consiste à « tirer » le solde du compte après chaque opération, et à calculer les intérêts produits par ce solde (entre les dates de « valeur » de la dernière et de l'avant-dernière remise). Cette méthode a l'inconvénient d'obliger à classer les remises dans l'ordre de leurs valeurs

4° *Maintien des garanties du solde en cas de continuation du compte au delà du terme préfixé.*

Il est fréquent qu'une sûreté soit consentie lors de l'ouverture ou pendant le fonctionnement du compte courant, par un correspondant à l'autre, pour garantir le paiement du solde, lorsqu'il résulte des affaires que traitent ensemble les parties, que le solde doit normalement être à la charge de l'une d'elles.

Qu'arrivera-t-il si un terme ayant été prévu pour l'expiration du compte, les parties continuent à faire fonctionner le compte au delà de ce terme ? Logiquement, il faudrait dire que la sûreté est devenue inopérante, puisqu'elle était destinée à garantir la créance résultant de la clôture du compte, à une date donnée, et qu'à cette date le compte n'ayant pas été clos, aucune créance n'a existé.

Pourtant, dès l'année 1852, la Cour de Cassation (65) a décidé que l'effet d'une hypothèque qui avait été constituée dans ces conditions, serait reporté de plein droit sur le solde final du compte, à concurrence de la valeur du solde provisoire, qui aurait résulté de la balance des articles de débit et de crédit, au jour où le compte aurait dû être clôturé, d'après la convention première des parties.

Une telle solution, si elle est équitable, n'est guère

respectives. Elle a d'autre part le même désavantage que la méthode directe, lorsque certaines « valeurs » sont postérieures à l'arrêté du compte.

Il est nécessaire dans cette méthode, si l'on veut éviter la capitalisation des intérêts à chaque remise, de les noter séparément, pour en faire la balance, aux époques conventionnellement choisies.

(65) Civ., 22 mars 1852, *D. P.*, 1-86. Dans le même sens, Alger, 19 juin 1894, *D. P.*, 96-2-236.

conciliable avec le principe de l'indivisibilité. D'autre part, elle suppose qu'au jour prévu pour l'expiration du compte, les parties en même temps qu'elles ont décidé d'en proroger la durée, ont par une convention tacite maintenu la sûreté. Cette présomption qui est de nature à aggraver la situation du débiteur éventuel, est-elle très conforme à l'esprit de notre Droit ?

5° Utilisation du solde provisoire du compte courant comme provision d'un effet de commerce ou d'un chèque.

L'article 116 du Code de Commerce dit : « il y a
« provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui
« sur qui elle est fournie, est redevable au tireur, ou
« à celui pour le compte de qui elle est tirée, d'une
« somme au moins égale au montant de la lettre de
« change » (66).

Le décret du 30 octobre 1935 « unifiant le droit en matière de chèques », contient dans l'article 3 de son chapitre I, les dispositions suivantes : « La provision
« doit être faite par le tireur ou par celui pour le
« compte de qui le chèque sera tiré... Le tireur seul
« est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux
« sur qui le chèque était tiré, avaient provision au
« moment de la création du titre : sinon il est tenu de
« le garantir... » (67).

(66) Cette rédaction existait déjà avant le décret du 30 octobre 1935 qui a modifié l'article 116, en même temps que tout le titre VIII du Code.

(67) La loi du 14 juin 1865 sur le chèque, qui a été remplacée par les dispositions du décret du 30 octobre 1935, disait dans son article 2 : « Le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable. »

Si le tireur du chèque ou de la traite est partie dans un compte courant, dont la balance accuse en sa faveur, au jour de la création du chèque ou de l'échéance de la traite, un solde égal au moins au montant de la traite ou du chèque, ce solde peut-il constituer une provision disponible au profit du porteur ?

Le principe de l'indivisibilité voudrait qu'on réponde par la négative (sauf évidemment lorsque le tiré a accepté la traite ou a consenti au tireur une ouverture de crédit, non encore épuisée).

Or, après quelques hésitations, la doctrine (68) et depuis beaucoup plus longtemps une jurisprudence presque unanime (69) ont opté pour l'affirmative, en parlant généralement de l'existence d'une dette éventuelle.

6° Donations par contrat de mariage de biens présents et à venir.

L'article 1084 du Code Civil stipule « qu'une donation par contrat de mariage pourra être faite
« cumulativement des biens présents et à venir, en tout
« ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte,
« un état des dettes et charges du donateur existant
« au jour de la donation ; auquel cas il sera libre au
« donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir
« aux biens présents en renonçant au surplus des
« biens du donateur ».

Cet état des dettes et charges, devra-t-il mention-

(68) Lyon-Caen et Renault, « Tr. de Dr. Com. », T. IV, n° 837.

(69) Cass., 20 juin 1854, *D. P.*, 54-1-305.

ner l'existence d'un compte courant, auquel le donateur est partie, lorsque la balance du compte fait ressortir au jour de la donation un solde favorable au donateur ? Il faut répondre non si l'on se range à la théorie classique, et pourtant la Cour de Cassation en 1861 (70) a répondu oui.

Pour ce qui est de la justification de sa décision, la Cour a estimé que la balance débitrice du compte, constituait un passif contemporain de la donation. Elle émettait ainsi une opinion radicalement contraire au principe de l'indivisibilité.

7° Etablissement des bilans de sociétés.

Dans le même ordre d'idée, il n'est discuté par personne, que les bilans de situation active et passive, que les sociétés anonymes sont obligées d'établir annuellement (art. 34 de la loi du 24 juillet 1867), doivent indiquer le montant des soldes débiteurs ou créditeurs de comptes courants, résultant de la balance de ces comptes au jour de la clôture de l'exercice.

On peut dire, il est vrai, que par définition, le bilan d'une société envisagé d'un point de vue comptable, est constitué par la liste des soldes débiteurs de comptes à « l'actif », et des soldes créditeurs de comptes au « passif » et qu'il est tout à fait normal que les comptes courants soient balancés comme les autres comptes. Il n'empêche cependant que les soldes sont considérés comme des créances ou dettes actuelles. Ceci est vrai des bilans établis pour tous les types de sociétés.

(70) Req., 13 nov. 1861, *D. P.*, 1862-1-26.

8° *Exercice de l'action paulienne par le correspondant créancier en compte courant.*

L'article 1167 du Code Civil a réservé aux créanciers la possibilité « d'attaquer en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

Cette action en révocation connue sous le nom d'action paulienne, suppose pour être valablement engagée, que le créancier qui l'intente, possède un titre de créance, antérieur à l'acte incriminé. Or la Cour de Cassation a autorisé en 1872 (71), un correspondant en compte courant, à engager une action paulienne contre l'autre correspondant, pendant le fonctionnement du compte.

Certes en l'espèce, à l'époque où l'instance avait été engagée, et même pendant toute la durée de l'instance, le compte, si on l'avait balancé, aurait révélé un solde favorable au demandeur, mais ce fait n'entraînait pas dans la théorie classique l'existence d'une créance à son profit.

Il est vrai que, par exception, la jurisprudence admet que l'action paulienne soit intentée par un créancier postérieur à l'acte incriminé, lorsque l'acte était spécialement dirigé contre lui ou contre les créanciers futurs. Mais peut-on dire vraiment que le correspondant en faveur duquel, à un moment donné, se balance le compte, est un créancier futur ? Rien dans la théorie classique ne permet de l'affirmer.

(71) Req., 12 nov. 1872, *D. P.*, 1874-1-78.

9° *Détermination de la nature civile ou commerciale du compte.*

Nous avons vu que le critère adopté par les auteurs classiques, pour déterminer la nature civile ou commerciale du compte courant, consistait à prendre en considération la nature de la majorité des créances inscrites dans le compte (72). Ce procédé ne paraît pas très en harmonie avec le principe de l'indivisibilité (73), qui nie l'existence de toute créance pendant le cours du compte !

10° *Déclaration de créance, contre l'apporteur d'un fonds de commerce à une société.*

L'article 7 de la loi du 17 mars 1909, relative à la vente des fonds de commerce, dispose: « Dans la quinzaine de la publication de l'acte de société contenant apport d'un fonds de commerce, tout créancier non inscrit de l'associé qui a fait l'apport fera connaître au greffe du Tribunal de Commerce où le dépôt de l'acte a eu lieu, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due...

« Si le fonds est apporté dans une société déjà formée, les créanciers non inscrits de l'associé, auquel le fonds appartenait, feront la déclaration au greffe du Tribunal de Commerce de la situation du fonds,

(72) Req., 1^{er} février 1926, *D. H.*, 1928, p. 151.

(73) Nous n'indiquons que pour mémoire, que l'administration de l'Enregistrement a déclaré (à l'occasion du mode de détermination des impôts à percevoir sur les ouvertures de crédit faites en compte courant), que le principe de l'indivisibilité ne lui était pas opposable (cf. Comet, p. 161). On sait que le fisc, pour arriver à ses fins très légitimes, s'embarrasse peu des principes de droit consacrés par la coutume, et même parfois consacrés par des textes.

« dans la quinzaine de la publication de l'acte constatant l'apport.

« A défaut, par les co associés, ou l'un d'eux, de former dans la quinzaine suivante, une demande en annulation de la société, ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. »

Selon la théorie classique, si l'apporteur du fonds de commerce est partie dans un compte courant dont la balance est débitrice à sa charge, il ne doit pas être possible à son correspondant, de faire utilement la déclaration précitée, puisqu'il ne peut justifier d'une créance actuelle.

Pourtant dans un arrêt du 21 juillet 1931 (74), la Cour de Cassation s'est rangée à l'opinion contraire :
« Attendu, dit la Cour, que si la qualité de créancier ou de débiteur de chacune des parties en compte courant, est tenue en suspens jusqu'au jour où le contrat vient à expiration, celui au profit de qui le compte se balance par un solde créditeur, n'en a pas moins, dès ce moment, un *droit au paiement ultérieur du montant de ce solde, sous la condition* qu'aucune inscription d'article nouveau ne vienne modifier la situation avant l'époque fixée pour le règlement définitif ; attendu d'autre part, que l'article 7 de la loi du 17 mars 1909, protège les créanciers conditionnels de l'apporteur du fonds...;

(74) Civ., 21 juillet 1931, *D. P.*, 1932-1-49, note Hamel.

« qu'un créancier conditionnel est donc admis à faire
« la déclaration de ses droits ; attendu que depuis la
« déclaration de créance de la banque... il n'est inter-
« venu, entre les parties en compte courant, aucune
« opération nouvelle, et que le solde, dégagé par le
« relevé dressé à ce jour, n'a subi aucune modifica-
« tion jusqu'à l'époque fixée par le relevé définitif. »

Ces « attendus » d'une valeur contestable avaient eu au moins le mérite de conduire la Cour à une décision équitable, et obtinrent généralement l'approbation de la doctrine.

11° *Annulation de garanties, en vertu du § 4 de l'article 446 du Code de Commerce.* }

L'article 446 du Code de Commerce frappe de nullité, « relativement à la masse, lorsqu'ils auront été
« faits par le débiteur, depuis l'époque déterminée
« par le Tribunal, comme étant celle de la cessation
« de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront
« précédé cette époque... toute hypothèque conven-
« tionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse
« ou de nantissement, constitués sur les biens du débi-
« teur pour dettes antérieurement contractées ».

Si l'on admet la théorie classique, les hypothèques, antichrèses et nantissements, constitués pendant le fonctionnement du compte pour en garantir le solde, ne sauraient tomber sous le coup de cette disposition de l'article 446, puisqu'aucune dette n'est réputée exister avant la clôture (75).

(75) Civ., 29-12-80, *D. P.*, 81-1-154 ; Civ., 24-6-03, *D. P.*, 1903-1-472.

Cette opinion a été admise par la jurisprudence jusqu'à une date très récente ; c'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 mai 1927 (76) l'a nettement affirmée.

De rares décisions en avaient pourtant jugé autrement : ainsi un arrêt de la Cour de Lyon du 7 février 1883 (77), dans un cas où postérieurement à la constitution de la garantie, le compte n'avait été alimenté d'aucune nouvelle remise, et n'avait eu qu'une vie apparente, par suite de renouvellements d'effets impayés.

La Cour de Cassation s'est rangée, dans un arrêt du 1^{er} avril 1935 (78), à la façon de voir de la Cour de Lyon, restée jusqu'alors exceptionnelle.

Dans cet arrêt, la Cour avait pris soin de dire, pour justifier sa décision, « que la partie au profit de
« laquelle le compte courant se balance par un solde
« créiteur, à un moment quelconque de la période de
« validité du contrat, a dès lors, un droit au recouvre-
« ment ultérieur de ce solde, *sous la condition que*
« *ledit droit ne soit pas effacé rétroactivement*, en
« tout ou partie, *par l'effet de nouvelles remises*, qui
« viendraient, soit renverser le sens, soit modifier le
« chiffre, de la balance du compte ».

L'argumentation n'était pas nouvelle, aussi les partisans de la théorie classique ne s'émurent-ils pas du contenu de cet arrêt.

(76) S., 1928-1-97.

(77) Lyon, 7 février 1883, D. P., 2-236.

(78) Civ., 1^{er} avril 1935, D. H., 1935, p. 233. *Revue générale des faillites*, 1936, p. 40.

Il n'en fut pas tout à fait de même, lorsque par un arrêt du 30 mars 1936 (79), la Chambre des Requêtes annula une hypothèque, constituée en garantie du solde d'un compte, dont la balance avait subi, postérieurement à la constitution de la garantie, diverses modifications, dues à des remises de récépissés et warrants que la Cour assimila à des dations de marchandises en paiement.

« Attendu, dit la Cour, que dès qu'il avait connu
« l'état de cessation des paiements, le banquier avait
« cessé de donner à la convention de compte cou-
« rant son exécution normale ; *qu'en fait le compte*
« *avait été arrêté* et qu'en réalité les remises en mar-
« chandises effectuées, au lieu d'avoir pour objet
« d'alimenter un compte en cours, étaient destinées
« à éteindre une créance d'ores et déjà existante ». Cette « dissection » du compte parut à certains auteurs arbitraire et dangereuse (80).

Quoi qu'il en soit, cet arrêt était incompatible avec le principe de l'indivisibilité.

12° *Annulation de remises en vertu du § 3 de l'article 446 du Code de Commerce.*

(79) *Revue Générale des Faillites*, 1936, p. 336. Le correspondant débiteur avait non seulement, pendant la période suspecte, fait des remises de récépissés et warrants de magasins généraux, mais encore avait consenti une hypothèque pour sûreté du solde.

(80) Escarra, « Principes », T. VI, p. 349, note 1. Plus récemment, dans un arrêt du 21 juillet 1937 (*Rev. Gén. Faillites*, 1938, p. 29), la Cour de Cass. a, de nouveau, admis la séparation des éléments d'un compte courant, en vue d'éviter qu'un nantissement garantissant le solde, puisse garantir une créance, née antérieurement à la sûreté, mais inscrite postérieurement dans le compte. La Cour Suprême a rejeté le pourvoi (qui s'appuyait sur la violation du principe de l'indivisibilité), en disant que l'effet novatoire, qui s'attache à l'entrée d'une remise dans un compte, ne pouvait faire échec aux droits de la masse des créanciers, ce qui est un argument assez arbitraire.

Puisque pendant le cours du compte, il n'y a ni créance ni dette, les remises, nous l'avons vu, ne peuvent être considérées comme des paiements (81).

En conséquence, les dispositions de l'article 446 du Code de Commerce, qui réputent « nuls et sans « effet relativement à la masse, lorsqu'ils auront été « faits par le débiteur depuis l'époque déterminée « par le Tribunal, comme étant celle de la cessation « de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront « précédé cette époque... tous paiements pour dettes « non échues, et pour dettes échues, tous paiements « faits autrement qu'en espèces ou effets de com- « merce », ne paraissent pas être applicables en matière de compte courant.

La Cour de Cassation qui jusqu'à une époque récente avait constamment jugé dans ce sens (82), a semblé revenir sur sa jurisprudence antérieure dans un arrêt du 15 juillet 1936 (83), par lequel elle a annulé des virements entre comptes, opérés par une banque en cessation de paiements, sur les ordres de trois clients titulaires de comptes courants, dont deux étaient créiteurs et le troisième débiteur.

La Cour d'Appel (84), dont l'arrêt était frappé de pourvoi, s'était prononcée pour la validité des virements, en affirmant qu'ils étaient le résultat d'accords intervenus entre les titulaires de comptes, à une époque où ils ignoraient la cessation des paiements

(81) Cf. *supra*, p. 28.

(82) Req., 15 février 1875, *D. P.*, 1876-1-318. Civ., 18 mars 1935, *Revue générale des faillites*, 1936, p. 38.

(83) Civ., 15 juillet 1936, *Revue générale des faillites*, 1936, p. 614.

(84) Douai, 1^{er} mai 1931.

de la banque, qui ne pouvait être soupçonnée de collusion avec ses clients.

La Chambre civile, motif pris de ce que la Cour d'Appel n'avait pas justifié ses affirmations, a présumé un concert frauduleux et cassé l'arrêt, en déclarant : « Attendu que *si l'on ne peut en principe con-*
« *sidérer comme un paiement la passation d'un arti-*
« *cle de débit dans un compte créditeur*, et si en con--
« séquence une telle opération échappe à la nullité,
« dont l'article 446 du Code de Commerce frappe les
« paiements effectués en période suspecte, autrement
« qu'en espèces ou effets de commerce, c'est à la con-
« dition que l'inscription portée au compte *soit la*
« *constatation sincère d'une remise faite loyalement*
« *dans le cadre des prévisions du contrat initial de*
« *compte courant* ; que la passation d'un article en
« compte courant, tombe, par contre, sous le coup du
« texte susvisé, quand dépourvue de toute cause ré-
« gulière, elle a été pour la partie qui l'a provoquée,
« au cours de la période suspecte précédant la fail-
« lite de son correspondant, un simple artifice, des-
« tiné à lui procurer une situation privilégiée, par
« rapport aux autres créanciers chirographaires de
« la faillite. »

Cette jurisprudence nouvelle, par laquelle la Cour suprême réserve aux juges du fond le soin de déterminer si la remise en compte a constitué ou non un paiement, et à défaut de justifications suffisantes, présume que la remise n'est pas un paiement, est tout à fait en contradiction avec les principes de la théorie classique.

De cet arrêt de la Chambre Civile du 15 juillet 1936, il faut rapprocher un arrêt du 30 mars 1936 (85), par lequel la Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi introduit contre un arrêt de la Cour de Rennes, qui avait assimilé à une dation en marchandises, et annulé en vertu de l'article 446 du Code de Commerce, la remise simultanée en compte courant, de récépissés et warrants délivrés par un magasin général.

Pour justifier le caractère de paiements qu'elle avait attribué à ces remises, la Cour de Rennes s'était basée sur le fait, qu'à l'époque où s'étaient placées celles-ci, le compte courant avait pratiquement cessé de fonctionner, le correspondant en faveur duquel la balance était créditrice, ayant cessé de faire des remises, et cherché à recouvrer ses avances.

Cet arrêt de la Cour de Rennes peut paraître moins novateur que l'arrêt précité de la Chambre Civile : en effet, si un compte est arrêté, on ne peut plus parler de remises. Mais qu'est donc cet arrêt de fait dont parle la Cour ? Tant que les parties n'ont pas convenu nettement de clôturer le compte, et que l'une d'elle au moins continue à l'alimenter, il est certain d'après la théorie classique qu'aucune compensation ne s'est faite entre les articles du compte, et qu'il n'existe juridiquement aucune créance en faveur de l'un des correspondants.

On pourrait soutenir que les remises étant devenues anilatérales, on ne se trouve plus en présence d'un compte courant, puisque celui-ci se caractérise, d'après la jurisprudence, par l'enchevêtrement des remises.

Mais outre que ce critère est simplement empirique,

(85) Cité *supra*, p. 52.

il paraît assez normal que le correspondant qui a fait moins de remises que l'autre rattrape son retard.

La Cour ne s'est pas arrêtée à ces considérations, et il faut bien admettre qu'elle a écarté encore ici le principe de l'indivisibilité (86).

D.— CRITIQUE DE LA THÉORIE CLASSIQUE

Il faut être reconnaissant à la théorie classique d'avoir fait rentrer de simples usages, dans un cadre juridique, et d'avoir puissamment contribué à faire du compte courant une institution contractuelle, d'un emploi commode et sûr.

Cette théorie n'est évidemment pas à l'abri des critiques.

En fait, nous venons de voir qu'une jurisprudence qui s'est attirée beaucoup plus d'approbations que de reproches, a cru devoir, au nom de l'équité, apporter d'une façon heureuse, mais arbitraire, des exceptions nombreuses aux principes de la novation et de l'indivisibilité, qui sont l'originalité de la théorie classique.

(86) Il n'est pas certain que la Cour de Cassation persiste dans le système qu'elle a adopté dans ses arrêts précités des 30 mars et 15 juillet 1936. Mais de longue date, elle a jugé qu'il était possible d'annuler certaines remises, faites en compte courant par un correspondant pendant la période suspecte qui précède sa faillite. Pour ce faire, elle s'est basée sur les termes de l'article 447 du Code de Commerce ainsi conçu : « Tous autres paiements faits « par le débiteur, pour dettes échues, *et tous autres actes à titre* « *onéreux*, par lui passés après la cessation de ses paiements et « avant le jugement déclaratif de la faillite, pourront être annu- « lés, si de la part de ceux qui ont reçu du débiteur, ou qui ont « traité avec lui, ils ont eu lieu, avec connaissance de la cessation « de ses paiements. »

Si l'on peut hésiter à dire qu'une remise est un « paiement », par contre, il est certain qu'elle est un « acte à titre onéreux ». En conséquence, rien ne s'oppose à l'application aux remises de l'article 447 (Nancy, 23 février 1937, *Rev. gén. des faillites*, 1937, p. 375.

Nous avons relevé quatre dérogations à la novation et douze à l'indivisibilité, dans la solution de problèmes importants, et notre liste n'a pas la prétention d'être complète (87).

Un système juridique créé par la doctrine, approuvé par la jurisprudence, mais auquel celle-ci a dû apporter seize exceptions est-il vraiment satisfaisant ?

En droit, de nombreux auteurs favorables à la théorie classique, ont dû convenir que la novation, telle que la comprend cette théorie, n'est pas très « orthodoxe ». D'après le Code Civil (art. 1271), la novation s'opère par changement de créancier, par changement de débiteur, ou par substitution d'une créance à une autre. Or, dans la théorie classique, à chaque dette se trouve substitué un article de compte qui n'est pas une créance, mais un élément d'une créance future : le solde du compte.

Aussi les « classiques » ont-ils souvent parlé d'une novation « sui generis » (88), d'une « sorte de novation » (89), ou « d'une novation très particulière » (90).

Quant au principe de l'indivisibilité, même limité dans ses applications par la jurisprudence, il présente encore, de l'avis même des auteurs classiques, quelques inconvénients (91), car certaines de ses conséquences

(87) Si même elle l'était, on ne pourrait espérer qu'elle soit close. Depuis 1850, il ne s'est pas écoulé de décade, sans que la Cour suprême n'ait apporté une dérogation nouvelle à la théorie classique.

(88) Feitu, p. 271.

(89) Lyon-Caen et Renault, « Tr. de Dr. Com. », T. IV, n° 305.

(90) Thaller et Percerou, « Tr. élém. Dr. com. », T. II, n° 1664.

(91) M. Mater (« Le compte courant », *Revue de droit bancaire*, 1932, p. 329) fait remarquer que le principe de l'indivisibilité enseigné par la théorie classique, n'a jamais été rattaché ni

normales consacrées par la jurisprudence, sont trop sévères. Citons à cet égard l'inefficacité d'une saisie-arrêt pendant la durée du compte (92), ou encore l'impossibilité pour le correspondant, créateur en compte courant d'une société en nom collectif, d'exercer des poursuites, à l'expiration du compte, contre l'associé en nom collectif, qui s'est retiré de la société à une époque où la balance du compte était déjà favorable à ce correspondant (93) (Au moins si depuis cette époque le sens de la balance n'a pas varié).

Citons encore l'impossibilité, pour l'associé commanditaire d'une société, de se libérer de sa commandite, par l'inscription d'un article de débit à son compte courant, alors même que la balance de celui-ci fait ressortir à l'époque de l'inscription, un solde créateur supérieur au montant de la commandite (94).

Enfin en matière délictuelle, la Cour suprême a jugé (95) que lorsqu'un compte courant existait entre un banquier et un de ses clients se livrant à des opérations de bourse, le banquier qui ayant reçu des ordres de son client, inscrivait dans le compte des opérations

par la doctrine, ni par la jurisprudence, aux dispositions du Code Civil sur les « obligations divisibles et indivisibles » (art. 1217 et s.). Ce fait constitue pour M. Mater une anomalie de plus.

(92) Cf. *supra*, p. 22.

(93) Cass. Req., 10 mars 1926, *D. H.*, 193.

(94) Cass. Civ., 17 déc. 1930 (*Journal des Sociétés*, 1931, p. 399). Par cet arrêt, la Cour suprême paraît revenir sur sa jurisprudence antérieure, qui en cette matière était contraire aux principes de l'indivisibilité. En effet, par un arrêt du 25 janv. 1913, la Chambre criminelle avait admis qu'un actionnaire pouvait libérer le montant des actions qu'il avait souscrites, par l'inscription de sa dette au débit du compte courant dont il était titulaire à la société émettrice, étant entendu que la balance de son compte se soldait en sa faveur par une somme supérieure au montant de sa dette (Crim., 25 janv. 1913, *Revue des Sociétés*, p. 158).

(95) Cass. Crim., 4 juin 1935. *Gazette du Palais*, 1935-2-277..

qu'il n'avait pas réellement exécutées, commettait un délit, non pas au moment de l'inscription, ou de l'envoi d'un avis d'opéré, ou de l'envoi d'un relevé de compte, mais au moment de l'arrêt *définitif* du compte, d'où il s'ensuivait une importante conséquence, en ce qui concerne le point de départ de la prescription.

La conclusion, qui ressort des développements que nous avons déjà consacrés à la théorie classique, c'est que l'accord existe sur quelques uns des caractères et des effets juridiques qu'il convient d'attribuer au compte courant, pour qu'il satisfasse aux services qu'on en attend :

Le compte courant est un contrat, indépendant des obligations génératrices des créances réciproques, que les parties ont l'intention de régler par compensation.

Les créances que les parties ont convenu de régler en compte, ne peuvent plus servir de titres pour des actions séparées.

Ces créances doivent échapper à la prescription.

Il est désirable que les privilèges et sûretés dont pouvaient bénéficier certaines de ces créances soient maintenus.

Les créances de chaque correspondant doivent porter intérêt, à un même taux. Ces intérêts doivent être capitalisés selon la convention ou l'usage et non selon les dispositions sévères du droit civil.

Tous les litiges nés de l'exécution du contrat de compte courant, doivent être de la compétence d'une même juridiction.

Partant de l'idée que ces quelques principes devaient être, dans la mesure du possible, sauvegar-

dés, mais qu'il importait d'éviter celles des conséquences de la théorie classique qui paraissaient fâcheuses, sans pour autant tomber dans l'arbitraire, des auteurs se sont mis à la recherche d'aménagements susceptibles d'être apportés à la théorie classique.

E. — AMÉNAGEMENTS PROPOSÉS PAR LES AUTEURS
A LA THÉORIE CLASSIQUE

Indiquons tout d'abord que malgré tout ce que l'application actuelle de la théorie classique a de décousu et d'imparfait, quelques auteurs qui font autorité se prononcent pour le « statu quo ». C'est ainsi que parlant du principe de l'indivisibilité et de ses exceptions, MM. ESCARRA et RAULT arrivent aux conclusions suivantes (96) :

« On peut se demander si malgré tout, les
« avantages d'une conception stable ne l'emportent
« pas sur toute autre considération, étant admis par
« ailleurs que certaines conséquences du principe,
« déduites avec une rigueur exagérée, peuvent et
« doivent légitimement être repoussées.. C'est ce qu'a
« toujours fait la jurisprudence, et les exceptions
« reconnues depuis longtemps en cette matière,
« montrent que le principe gardait malgré tout une
« souplesse suffisante.... Sans doute l'application inté-
« grale de la notion d'indivisibilité avait-elle l'avan-
« tage d'éviter ces recherches qui ne s'harmonisent
« guère avec la volonté des parties et avec les exigen-

(96) J. et E. Escarra et J. Rault, « Principes », T. VI, n° 508 et 529. Dans le même sens, citons M. Hamel : Note sous Civ., 21 juillet 1931. *Dalloz*, 1932-1-49.

« ces bien comprises du crédit... Mais l'on tomberait
« dans un excès tout aussi néfaste en érigeant en
« principe le rejet absolu de cette même notion ».

a) Rejet de l'indivisibilité

Au contraire, certains auteurs rejettent nettement le principe de l'indivisibilité. Parmi eux, citons M. MARAIS (97), qui s'exprime ainsi : « ...cependant le
« pouvoir des formules, depuis longtemps consacrées
« d'arrêt en arrêt, est tel, qu'il est possible de relever
« parfois des décisions judiciaires récentes qui croient
« devoir encore s'inspirer de ce *principe désuet* ».

et M. FARGEAUD (98) qui déclare : « ...c'est sous
« le couvert du *prétendu principe* de l'indivisibilité du
« compte courant, que cette jurisprudence avait pris
« naissance et s'était développée..., or s'il est des situa-
« tions où l'application de ce *pseudo-principe* a
« conduit à des solutions excessives, celle-ci en était
« l'un des exemples les plus typiques....». Le reproche
qu'on peut faire à ces deux auteurs, c'est qu'ils rejettent ou nient le principe de l'indivisibilité, sans rien proposer pour le remplacer.

b) Rejet de l'indivisibilité et de la novation

M. ESMEIN (99) concluait un article déjà ancien en disant : « ...L'on peut résumer nos développements

(97) Georges Marais, « Du compte courant en matière de faillite », p. 21.

(98) Philippe Fargeaud, « Deux cas pratiques d'application des art. 446 et 447 du Code de Commerce, en matière de compte courant ». *Rev. Gén. des faillites*, 1936, p. 92.

(99) *Revue de Droit Civil*, 1920, p. 79, et *Sirey*, 1923-1-225.

« en disant que l'idée de novation doit être écartée
« complètement. Quant à l'idée d'indivisibilité, elle
« exprime assez bien le résultat de la convention,
« mais son sens et sa portée ont été considérablement
exagérés... »

La commission de la société d'études législatives chargée de l'établissement d'un projet de loi sur le compte courant (100) a repoussé également les principes de novation et d'indivisibilité. Son rapporteur, M. HAMEL, s'était exprimé ainsi... : « Il s'est malheureusement trouvé que les règles établies, adaptées aux difficultés anciennes, ne pouvaient pas résoudre toutes les difficultés nouvelles : nées d'une induction qui travaillait sur une série de solutions exactes et réellement pratiques, elles se sont souvent révélées funestes, lorsque la déduction a prétendu les imposer pour répondre à des questions nouvelles. Il est alors apparu que les constructions jurisprudentielles et doctrinales, étaient incapables de résoudre la totalité des problèmes que pose le fonctionnement des comptes courants ». Pourtant, M. HAMEL avait conclu au respect des solutions jurisprudentielles, après ablation de quelques verrues assez aisées à découvrir » et avait justifié la position prise par la commission, en disant qu'il était apparu à ses membres que leur tâche ne consistait pas à construire une « théorie juridique du compte courant » (101).

En ouvrant devant l'assemblée générale la discussion sur le projet de loi préparé par la commission,

(100) Voir *bulletin Sté d'ét. lég.*, 1934, p. 281.

(101) *Bulletin Sté d'ét. lég.*, 1934, p. 238 et 240.

son président, M. TOURNON, déclara notamment :
« Vous remarquerez, Messieurs, que les textes que nous
« avons l'honneur de soumettre à vos délibérations,
« ne *contiennent pas un seul principe général*, une
« seule formule absolue. Nous avons même évité avec
« soin ces mots de « novation » ou « d'indivisibilité »,
« qui ont eux-mêmes un sens et une portée juridique
« trop accusés, et qui pourraient entraîner l'inter-
« prête beaucoup trop loin.

«... Nous avons cherché seulement les solutions
« heureuses et vraiment pratiques... nous avons gardé
« seulement les solutions utiles et salutaires qui avaient
« été données avec le secours, la béquille d'une formule
« générale disparue de notre projet... » (102)

c) Rejet de l'indivisibilité, modification de la novation

D'autres auteurs, en même temps qu'ils ont rejeté, plus ou moins complètement, les principes classiques, en ont cherché d'autres et ont pensé les avoir trouvés. Parmi eux, citons M. COMET (103). Celui-ci estime qu'il faut écarter la théorie de la « quasi-novation », pour adopter celle de la novation pure et simple qui, dit-il,

(102) *Bul. Sté d'ét. lég.*, 1935, p. 157. Le projet de loi de la commission se ressent tellement de l'absence d'un principe général que, dans son ensemble, il en perd beaucoup d'intérêt. Il répète les solutions de la Cour de Cassation, mais supprimant tout fil directeur, il supprime aussi toute possibilité de résoudre juridiquement les nouveaux problèmes à venir.

Il faut pourtant noter que sur deux points, le projet établit des solutions nouvelles. La première (art. 13) est relative à la saisie arrêt qui devient possible pendant le fonctionnement du compte. La seconde est relative à la contrepassation des effets impayés ; nous aurons l'occasion d'en reparler.

(103) *La Novation et l'indivisibilité dans le compte courant* Thèse Paris 1934 p. 54.

est écartée par les auteurs classiques parce que ses effets se trouvent contrariés par le principe de l'indivisibilité. Or ce dernier principe qu'on prétend faire résulter d'une convention tacite des parties est tout à fait opposé à la pratique et il est funeste. Pour M. COMET, le compte courant se ramène au fonctionnement de deux institutions juridiques : la novation et la compensation (104).

Cette théorie est intéressante, mais elle rend encore plus difficile à justifier que dans la thèse classique, les exceptions apportées par la jurisprudence au principe de la novation (105).

La théorie de M. COMET constitue une transition entre la théorie classique et celle des compensations successives, dont nous allons maintenant parler.

(104) Dans le même sens, Bévierre : (« De la nature juridique du contrat de compte courant », p. 55).

(105) Sur le compte courant en Droit comparé, voir Zamfiresco (Thèse. Paris 1923) et Piret p. 167 et suivantes. On constate que la théorie classique française est adoptée (sauf quelques variantes arbitraires) par la Belgique, l'Italie, la Roumanie, le Portugal et les Etats Sud-Américains. L'Allemagne et les pays d'influence germanique (Suisse, Hollande) partent d'une théorie dite de crédit, d'après laquelle le compte courant se ramène à un contrat de concession réciproque de crédit. Cette théorie conduit à des résultats peu différents de ceux de la théorie classique, sauf en ce qui concerne la novation au sujet de laquelle les solutions ne sont d'ailleurs pas uniformes.

SECTION II

Théorie des compensations successives

Cette théorie a eu pour premier et principal champion l'allemand MOHR (106), Elle a obtenu l'approbation en Suisse, de CHAVANNES (Essai sur la nature juridique du compte courant 1908), en France de ZAMFIRESCO et en Italie de REZZARA. Un belge, M. PIRET a fait sur elle une étude très complète, dans laquelle il s'est efforcé d'en étudier les modalités d'application éventuelle.

La théorie des compensations successives n'a été l'objet d'une application systématique par la loi et la jurisprudence d'aucun pays. En particulier la jurisprudence française ne la mentionne même pas.

Cette théorie a le mérite d'être simple :

Elle reconnaît, comme la théorie classique, le caractère de contrat du compte courant, et son indépendance juridique à l'égard des « causes d'obligations » qui sont à l'origine des remises inscrites en compte.

Mais elle nie que les créances réglées en compte subissent, à quelque moment que ce soit, une novation.

Elle refuse d'admettre l'indivisibilité du compte.

Elle prétend expliquer le fonctionnement du compte, par les seules règles du Droit commun, relatives à la compensation et à l'imputation des paiements.

Elle définit le compte courant : un contrat par lequel deux personnes en relations d'affaires, décident

(106) « Der Kontokorrentverkehr », 1902.

de ne pas procéder au règlement immédiat de chacune de leurs créances réciproques, mais de ne régler que le solde né des compensations successives de ces créances.

Les tenants de la théorie des compensations successives disent que les principes de novation et d'indivisibilité sont une création artificielle, étrangers qu'ils sont à tout texte légal, et à l'intention des parties, dont on prétend les faire pourtant dériver.

Pour savoir comment, dans la théorie des compensations successives, va s'opérer la compensation des créances, il faut se reporter aux articles 1289 et suivants du Code Civil qui traite de cette matière (107).

L'application de la théorie des compensations suc-

(107) Rappelons que les dispositions essentielles du Code Civil au sujet de la compensation sont les suivantes :

Art. 1289. — « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation « qui éteint les deux dettes... ».

Art. 1290. — « La compensation s'opère de plein droit par « la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs ; les deux « dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent « exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités « respectives. »

Art. 1291. — « La compensation n'a lieu qu'entre deux « dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou « une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, « et qui sont également liquides et exigibles.... »

Art. 1297. — « Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables « dues par la même personne, on suit pour la compensation les « règles établies pour l'imputation par l'article 1256. »

Cet article 1256 est lui-même ainsi conçu : « Lorsque la « quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être « imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus « d'intérêt d'acquitter, entre celles qui sont pareillement échues, « sinon sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui « ne le sont point. Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation « se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. »

L'article 1256 n'est pas séparable des articles 1253, 1254 et 1255 dont nous aurons plus loin l'occasion de parler.

cessives, soulève pourtant plus de difficultés qu'on pourrait le croire d'après la simplicité de son énoncé.

Pour en juger, comme aussi pour mieux comprendre la portée de cette théorie, nous allons en envisager sommairement les conséquences.

De l'idée que les créances conservent leur caractère, malgré leur inscription en compte, sauf à s'éteindre automatiquement par compensation, si elles sont inscrites du côté le plus faible, on déduit diverses conséquences, savoir :

1° *Une action isolée en paiement de l'une quelconque des créances inscrites en compte*, est d'après les auteurs, possible, tant que et dans la mesure où la créance considérée n'a pas été entièrement éteinte par compensation. A défaut de convention particulière, la créance sera éteinte lorsque le total formé par son montant ajouté à celui des créances du même correspondant inscrites avant elle, aura été atteint ou dépassé par le total des créances de l'autre correspondant.

Personnellement, nous faisons des réserves sur la possibilité d'une telle action, qui paraît difficile à concilier avec la définition même du contrat de compte courant donnée par les partisans de la théorie des compensations successives. Si l'une des parties prétendait agir contre l'autre en vertu d'une créance isolée issue de leurs relations d'affaires, le débiteur pourrait lui opposer qu'une convention de compte courant est intervenue entre eux, aux termes de laquelle, cette créance doit être réglée en compte. A

plus forte raison on conçoit mal qu'une action puisse être intentée en vertu de cette même créance, si elle a déjà été inscrite dans le compte.

2° *Tant qu'une créance n'a pas été éteinte par compensation, les privilèges et sûretés dont elle était affectée subsistent.* Le maintien des privilèges et des sûretés offre un intérêt considérable, car si le compte courant vient à expiration, avant que la créance garantie ait été compensée, le solde du compte qui n'est autre qu'une somme de créances diverses, se trouve bénéficiaire de la garantie.

Pourra-t-on, dans la théorie des compensations successives, admettre la validité des conventions, par lesquelles les parties décideraient de reporter sur le solde du compte, l'effet des privilèges et sûretés qui garantissaient telle ou telle créance éteinte ? Il faut d'abord remarquer que les créances, dont l'ensemble constituera le solde du compte, sont absolument distinctes juridiquement, des créances qui se trouveront éteintes par compensation. En conséquence, on ne peut pas concevoir que les privilèges qui garantissaient les créances éteintes, se trouvent reportés sur les créances composant le solde ; ce transport serait contraire au principe que les privilèges n'existent qu'en vertu de la loi et sont de droit étroit. La même remarque s'impose au sujet des hypothèques légales.

Quant aux hypothèques conventionnelles et sûretés assimilables, telles que nantissement sur fonds de commerce, ou sur voitures automobiles (108), elles

(108) La loi du 29 décembre 1934 a créé, sous le nom impropre de gage, une véritable hypothèque mobilière, au profit des vendeurs de voitures automobiles, comportant dessaisissement, inscription et droit de suite.

ne peuvent, par suite du principe de la spécialité de la créance garantie (109) être transférées à la garantie d'autres créances.

Pour ce qui est des gages, proprement dits, rien ne s'oppose à ce que les parties en changent l'affectation, par une convention qui, à la rigueur, pourra être tacite, s'induire par exemple du maintien du gage en possession du correspondant créancier, malgré l'extinction de la créance garantie.

Enfin, la caution ne pourra, à moins qu'elle n'ait donné son consentement exprès, être tenue au paiement du solde, si la créance primitivement cautionnée vient à être compensée. Les termes de l'article 2015 du Code Civil sont, à cet égard, formels (110). Par analogie, cet article est applicable, au cas où un gage aurait été constitué par un tiers.

Les conséquences auxquelles aboutit la théorie des compensations successives, dans ce problème du maintien des garanties, peuvent paraître sévères. Rappelons cependant que la théorie classique, si on l'appliquait strictement, n'aboutirait pas à des résultats très différents : l'article 1278 du Code Civil dispose que les privilèges et hypothèques qui affectaient la créance novée, ne passent à la nouvelle que si le créancier les a expressément réservées ; d'autre part, le lien qui unit le solde indivisible du compte aux créances novées est très vague.

(109) Déduit de l'article 2132 du Code Civil pour les hypothèques. Voir Planiol, T. II, n° 2663.

(110) Article 2015 Code Civil : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

Cet inconvénient de la théorie des compensations successives est très faible, car il sera toujours possible aux parties de convenir qu'une créance garantie sera soustraite à la compensation (111). Il paraît d'ailleurs difficile, étant donné les termes de l'article 1290 du Code Civil, d'admettre que cette convention puisse être présumée.

Enfin aucun empêchement sérieux n'existe, à ce qu'un des correspondants constitue, au profit de l'autre, au moment où naît le contrat de compte courant, une garantie pour le paiement du solde débiteur éventuel, aucun texte de notre droit n'empêchant une personne de garantir par des sûretés réelles ou personnelles une dette future (112).

3° Prescription des créances inscrites en compte.
La prescription applicable à chacune des créances

(111) De même qu'il était possible, dans la théorie classique de soustraire une créance à la novation.

(112) La majorité des auteurs estime que le principe de la spécialité de l'hypothèque veut que la cause au moins de la dette future, soit connue lors de la constitution. Or la cause de la dette du solde du compte courant, sera normalement inconnue à l'ouverture du compte, puisqu'elle réside dans les créances qui rentreront ultérieurement dans le compte et n'y seront pas compensées.

En conséquence, M. Piret émet des doutes sur la possibilité de garantir valablement le solde d'un compte courant par une hypothèque consentie dès l'ouverture du compte. Le même auteur pense, par contre, que si une ouverture de crédit est consentie, en même temps que le compte est ouvert, la cause de la créance du solde est connue et l'hypothèque valable. Un tel raisonnement est spécieux, car s'il est certain que le solde du compte résulte des créances qui le constituent, il est également indéniable que ce solde n'existerait pas si, par le contrat de compte courant, les parties n'avaient convenu de régler leurs créances réciproques par compensation. D'autre part, il est toujours facile de donner comme cause à l'hypothèque, les avances que l'une des parties sera susceptible de faire à l'autre sans contrepartie, pendant le cours du compte, à concurrence d'une somme déterminée.

inscrites en compte, continue de courir malgré l'inscription, jusqu'à ce que la créance se trouve éteinte par compensation.

Ce fait peut paraître un inconvénient, pour le cas où se trouvent dans le compte des créances soumises à de courtes prescriptions (113), mais c'est là un inconvénient plus apparent que réel.

En effet, l'article 2274 du Code Civil (2^e alinéa) indique que les courtes prescriptions prévues par les articles 2271 à 2273 (ce sont des prescriptions de 6 mois à 2 ans) « cessent de courir lorsqu'il y a eu compte « arrêté, cédula ou obligation, ou citation en justice « non périmée ». La jurisprudence, interprétant cet article, déclare que ces causes d'interruption substituent la prescription trentenaire à la courte prescription et qu'il suffit, pour ce faire, d'« une reconnaissance par écrit avec fixation du chiffre de la « dette » (114).

Or cette reconnaissance par écrit sera réalisée pratiquement par les formules de « bien-trouvé » que signera périodiquement le débiteur (selon l'usage bancaire) ou, à défaut, par l'inscription qu'il fera de sa dette au crédit de son créancier, ou encore par le fait qu'il acceptera la compensation d'une de ses dettes prescrites.

Quant aux diverses prescriptions de 5 ans établies par l'article 2277 du Code Civil, elles sont soumises aux causes d'interruption du droit commun, établies

(113) Cf. article 2271 et suivants Code Civil et article 179 du Code de Commerce.

(114) Civ., 23 janvier 1895. *D. P.*, 95-1-398. Civ., 7 mai 1906. *D. P.*, 1908-1-65.

par les articles 2246 et 2248 du Code Civil, savoir la citation en justice et la reconnaissance de dette, qui ont pour effet de faire courir une nouvelle prescription de même durée. La reconnaissance de dette s'induit des actes dont nous venons de parler (115).

Il est inutile de souligner qu'en pratique, la prescription trentenaire n'aura pas à jouer en matière de compte courant.

L'arrêt définitif du compte n'apporte aucun élément nouveau en matière de prescription, si ce n'est que les causes d'interruption ou de transformation de celles-ci seront des reconnaissances de dettes, ou des citations en justice, relatives à l'ensemble des créances composant le solde.

4° *Les créances inscrites en compte conservent leur caractère civil ou commercial.* Quant au contrat de compte courant proprement dit, il ne figure pas parmi les actes de commerce nommément désignés dans les articles 632 et 633 du Code de Commerce. En conséquence, il ne sera réputé acte de commerce qu'à l'égard du correspondant qui, étant commerçant, l'aura conclu pour les besoins de son commerce (116).

(115) La jurisprudence a eu l'occasion de décider en outre que la prescription des intérêts par 5 ans, prévue par l'article 2277, n'est pas applicable aux intérêts capitalisés qui sont assimilables à un capital et soumis comme tel à la prescription trentenaire. Req., 10 août 1859, *D. P.*, 59-1-441.

(116) Ce principe de droit commun est déduit du rapprochement des articles 631 du Code de Commerce : « Les tribunaux de commerce connaîtront..... § 3. des contestations relatives aux « actes de commerce, entre toutes personnes ».

632 C. Com. : « La loi répute actes de commerce... 3^{me} alinéa. « Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. »

633 C. Com. : « Ne seront point de la compétence des tribu-

M. PIRET déclare qu'il lui est difficile de concevoir qu'une action judiciaire « se fonde sur ce contrat qui « n'oblige à aucune prestation ». Il nous semble au contraire que de nombreux litiges peuvent naître de l'interprétation du contrat de compte courant, qui règle par avance le mode de fonctionnement du compte et qui est d'ailleurs généralement constaté par un acte écrit.

M. PIRET dit encore que si le solde du compte est constitué par une dette unique, les litiges qui naîtront au sujet de son règlement seront de la compétence du Tribunal Civil ou de Commerce selon la nature de la dette (au regard du débiteur) et que si le solde est constitué par plusieurs dettes, le « règlement « de chacune d'elles devra être poursuivi devant le « juge qui serait compétent pour en connaître si cette « dette existait seule ».

Nous n'avons pas besoin d'insister sur les inconvénients d'un pareil système, mais toute considération d'ordre pratique mise à part, la solution que propose M. PIRET, au cas où le solde est composé de plusieurs dettes, ne nous paraît pas justifiée.

Rappelons la définition du compte courant : « Un contrat par lequel deux personnes, en relations d'affaires, décident de ne pas procéder au règlement de leurs créances réciproques, mais de ne régler que le solde né des compensations successives. » Si le litige a trait au fonctionnement du compte (montant ou

« naux de commerce..... les actions intentées contre un commerçant pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier. »

capitalisation des intérêts, commissions, exclusion d'une créance), il se ramène à une interprétation du contrat de compte courant, et le tribunal compétent est déterminé en fonction de la nature civile ou commerciale de ce contrat. Même solution, si l'action en justice a sa cause dans un refus motivé de paiement du solde, car en pareil cas (qui se présentera d'ailleurs rarement), on peut soutenir que le débiteur refuse d'exécuter la convention même de compte courant.

Si le litige a sa source dans la contestation de l'existence, de la liquidité, ou de l'exigibilité d'une créance inscrite en compte (non compensée ou compensée à tort), une distinction doit être faite :

a) Si le contrat de compte courant est civil et la créance contestée commerciale, le Tribunal Civil est compétent, car on peut considérer que la cause de l'instance est à titre principal un refus d'exécuter le contrat de compte courant, et subsidiairement une contestation au sujet d'une créance figurant dans le compte.

b) Si au contraire le contrat de compte courant est commercial et que la créance contestée soit civile, le Tribunal de Commerce devra, avant de prendre une décision, renvoyer les parties devant le Tribunal Civil (117), sauf à prononcer, en fonction des autres éléments du compte, une condamnation provisionnelle

5° *Cours, calcul et capitalisation des intérêts.* Tant

(117) Par application des principes de procédure civile, il faudrait, par contre, donner au tribunal de commerce, la possibilité de connaître d'un litige, qui normalement eût été de la compétence du Conseil des Prud'hommes,

qu'elles ne sont pas compensées, les créances continuent à porter intérêt dans les mêmes conditions qu'avant leur entrée en compte.

En fait, presque toujours, dans le contrat de compte courant, les parties auront convenu d'un taux d'intérêt uniforme, qui sera substitué au taux particulier à chaque créance, dès l'entrée de celle-ci dans le compte (118). A défaut d'une telle convention, pourrait-on présumer l'intention des parties? On est tenté de répondre non en se référant aux termes de l'article 1907 du Code Civil, disant que « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ». Mais le texte ne précisant pas à quel moment doit intervenir cet écrit, ni quelle doit être sa forme, on peut admettre, sans déroger à la lettre de l'article 1907, que les approbations des relevés d'un compte, dans lequel un taux d'intérêt uniforme a été appliqué aux créances, équivalent à un accord écrit sur le taux d'intérêt.

Plus intéressante est la question du mode de calcul des intérêts. Les partisans de la théorie des compensations successives, ne reconnaissent comme juridiquement valable que la méthode hambourgeoise, qui consiste à déterminer, avec leur signe, les intérêts portés par le solde provisoire du compte entre deux remises successives. Ils repoussent les méthodes directe et indirecte, qui font porter des intérêts aux créances éteintes (119).

(118) Pratiquement le maintien des taux d'intérêts particuliers, serait impossible, par les complications de calcul qu'il entraînerait.

(119) Cf. *supra*, p. 42.

Quant à la possibilité de capitaliser, au moins trimestriellement, les intérêts, malgré la prohibition de l'anatocisme, édictée par l'article 1154 du Code Civil, les partisans de la théorie des compensations successives en donnent une explication originale dont nous parlerons ultérieurement (120).

6° *Application des règles relatives à l'imputation des paiements.* Puisque à chaque instant il existe au profit de l'un des correspondants une dette (sauf le cas exceptionnel où le compte se trouverait exactement balancé), les remises de l'autre correspondant sont assimilables à des paiements (121). Les conséquences de ce principe sont considérables.

En premier lieu, il faut appliquer aux remises du correspondant débiteur, les règles relatives à l'imputation des paiements, telles qu'elles sont établies par les articles 1253 à 1257 du Code Civil.

Ce sont les dispositions de l'article 1256 (122) qui, faute d'une déclaration d'imputation de la part du débiteur, sont généralement applicables. Le plus souvent les créances figurant au compte seront échues, et de nature chirographaire, de sorte que l'imputation se fera sur les plus anciennes, dans leur ordre d'ancienneté, (le rang d'inscription des créances se confond normalement avec le rang d'ancienneté).

Si parmi les créances du correspondant créancier, il en existe qui soient garanties par des privilèges et

(120) Voir *infra*, p. 78.

(121) Sous le n° 7, nous apporterons des réserves à ce principe.

(122) Cf. *supra*, p. 66, note (1) « in fine ».

sûretés, l'article 1256 voudrait que les remises du correspondant débiteur s'imputent d'abord sur celles-là. Une telle solution serait très néfaste pour le créancier, dans le cas où il n'aurait pas pris soin, de soustraire conventionnellement la créance garantie à la compensation. Heureusement, l'interprétation de l'article 1255 (123) doit permettre d'éviter cette solution. La quittance que délivrera le créancier sera généralement libellée « reçu en compte », ce qui est vague, mais dès qu'il a reçu la remise, le correspondant créancier, qui, dans la théorie des compensations successives, doit calculer les intérêts par la méthode des échelottes, « tire » le nouveau solde (124), en compensant la remise avec la plus ancienne de ses propres créances chirographaires, non encore compensée ; cette opération obligatoire n'est pas ignorée du débiteur (125) et celui-ci, s'il ne fait, lors de la remise, aucune réserve et s'il approuve par la suite le relevé de compte que lui adresse le créancier, pourra être considéré comme ayant connu et accepté l'imputation opérée par le créancier, ce qui paraît être en somme la condition nécessaire et suffisante, imposée par l'article 1255 pour la validité de cette imputation.

(123) Article 1255 : « Lorsque le débiteur de diverses dettes « a accepté une quittance, par laquelle le créancier a imputé ce « qu'il a reçu sur l'une de ses dettes spécialement, le débiteur « ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à « moins qu'il y ait eu dol ou surprise de la part du créancier. »

(124) Les banquiers font cette opération sur les feuilles de « position » tenues à la caisse.

(125) Si le correspondant créancier est un banquier, il avisera son client chaque jour des écritures passées à son compte dans la journée. Dans certains cas, le client sera en possession d'un carnet de compte tenu par le banquier, et qui constituera un double du compte du client à la banque.

L'application de l'article 1253, d'après lequel « le « débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, « lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter » ne soulève aucune difficulté particulière.

Quant à l'article 1254 (126), il mérite qu'on s'y arrête un peu. Il pose en principe, que les paiements s'imputent sur les intérêts par préférence au capital de la dette, mais il admet qu'il en soit autrement avec l'accord du créancier. Or justement, en matière de compte courant, l'imputation se fait toujours sur le capital, pour éviter des complications dans la tenue du compte (127). Il résulte de cet usage un léger préjudice à la charge du correspondant créancier (128).

Certains auteurs (129) ont émis l'opinion que ce préjudice reçoit sa juste compensation, dans la capitalisation dont les intérêts sont l'objet à des intervalles rapprochés, généralement tous les trimestres (130). Un très simple calcul montre en effet que le bénéfice, résultant pour le créancier en compte d'une capitalisation trimestrielle des intérêts est tout à fait du même ordre, en valeur relative, que le préjudice résultant pour lui de l'imputation des remises sur le capital.

Si séduisante que soit cette explication, elle n'empêche pas que l'usage a introduit, en matière de comp-

(126) Article 1254 du Code de Commerce : « Le débiteur « d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut « point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement « qu'il fait, sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : « le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point « intégral, s'impute d'abord sur les intérêts ».

(127) Le compte des intérêts est tenu à part.

(128) M. Piret en donne un exemple pratique p. 238.

(129) Notamment Rezzara, p. 60.

(130) Sur les conséquences d'une capitalisation à intervalles rapprochés, Voir Piret, p. 127.

le courant, une dérogation juridiquement injustifiable à l'article 1154 du Code Civil. Certes la Cour de Cassation a, par d'abondantes décisions, reconnu la validité de cet usage (131), mais par un autre arrêt, rendu dans une espèce étrangère au compte courant, elle a décidé que « la disposition de l'article 1154 qui défend « la capitalisation des intérêts, dûs pour moins d'une « année entière, est une *disposition d'ordre public*, « qui peut être invoquée pour la première fois « devant la Cour de Cassation ». Cette jurisprudence contradictoire est choquante.

A notre avis d'ailleurs, c'est ici l'usage qui a raison. La protection que, dans l'article 1154, le législateur de 1803 a voulu accorder aux débiteurs, est très faible ; on peut même dire qu'elle est illusoire, car elle peut être rendue inefficace de beaucoup de manières, notamment par la majoration du taux de l'intérêt. C'est sur ce dernier point qu'une intervention législative serait utile (132). Le moins qu'on puisse souhaiter, c'est qu'une nouvelle rédaction de l'article 1154 en rende les termes moins catégoriques.

7° *Application des dispositions du § 3 de l'article 446 du Code de Commerce.* Une autre conséquence du fait que les remises du correspondant débiteur peuvent être considérées comme des paiements, est la possibilité de leur appliquer les dispositions de l'article 446

(131) Cf. *supra*, p. 42, note (63) et Civ., 11 janvier 1886, *D. P.*, 1886-1-121. — Req., 11 janvier 1887, *D. P.*, 88-1-382. — Grenoble, 12 décembre 1893, *D. P.* 1897-1-321.

(132) La loi du 12 janv. 1886, rétablissant la liberté du taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale, et la loi du 18 avril 1918 disposant de même en matière civile, n'ont pas eu que des conséquences heureuses.

du Code de Commerce (133) frappant de nullité, lorsqu'ils ont été effectués pendant la période suspecte, ou dans les 10 jours qui l'ont précédée, « tous paiements
« soit en espèces, soit par transport, vente, compen-
« sation ou autrement pour dettes non échues, et pour
« dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en
« espèces ou effets de commerce ».

Faudra-t-il, en conséquence, considérer que sont nulles dans tous les cas, les remises faites par le correspondant débiteur, pendant la période suspecte (134) ? Cette solution serait sévère pour le correspondant créancier. A notre avis elle doit être écartée, mais pour un autre motif que la simple équité.

Ce motif, c'est qu'il est inexact de prétendre que les remises soient toujours des paiements. Imaginons par exemple qu'une ouverture de crédit ait été consentie expressément en compte courant ; les remises faites par le débiteur doivent être présumées, dans la mesure où l'ouverture de crédit n'avait pas été dépassée, avoir eu pour but de faire revivre cette ouverture de crédit. Si cette dernière était de 30.000 francs et qu'une remise de 25.000 francs soit faite en période suspecte par le bénéficiaire du prêt, à une époque où

(133) Les termes très larges de l'article 447 (« tous autres paiements..... et tous autres actes à titre onéreux ») qui permettent d'appliquer cet article dans le système de la théorie classique (cf. *supra*, p. 56, note (86) permettent « a fortiori » de l'appliquer dans la théorie des compensations successives.

(134) Il n'y a pas à distinguer, selon qu'un terme a été ou non prévu pour la durée du compte, car le terme vise non pas l'exigibilité du solde, dont le créancier peut toujours disposer d'une façon quelconque, mais la durée du contrat de compte courant, c'est-à-dire la période pendant laquelle les parties régleront leurs créances réciproques par compensation.

le solde du compte est débiteur à sa charge de 50.000 francs, il faudra dire que la remise est nulle à concurrence seulement de 20.000 francs (135).

Ce raisonnement devra être maintenu, même si le débiteur n'a pas pratiquement bénéficié de la créance de 5.000 francs qu'il avait ainsi acquise. Il pourra prétendre à des dommages-intérêts, s'il n'a pu disposer de la somme, par le fait du correspondant créancier, à moins qu'on ne prouve qu'une entente était intervenue entre les deux parties, d'après laquelle aucune nouvelle avance ne devrait être faite par le créancier. Dans ce cas, la remise aura constitué un paiement.

Si l'ouverture de crédit avait été expressément consentie, il n'y a pas de difficulté sérieuse, mais il peut en être autrement. Ainsi nous croyons que dans le cas où une remise faite en période suspecte, par le débiteur en compte, a été suivie de remises en espèces par le créancier, on peut difficilement soutenir que la remise du débiteur ait constitué (au moins à concurrence des avances du créancier) un paiement de la dette antérieure. En pareil cas, tout s'est passé comme s'il y avait eu ouverture de crédit tacite, et le créancier pourra s'en prévaloir, étant entendu qu'on devra

(135) Ce raisonnement peut ne pas paraître en harmonie avec ce que nous avons dit auparavant sous le n° 6, au sujet de l'imputation des paiements. Si une remise n'est pas un paiement, peut-elle être soumise aux dispositions des articles 1253 et suivants du Code Civil ? C'est très certain, car cette remise, faite en compte courant, suit les règles de la compensation légale, qui elle-mêmes (art. 1297 du Code Civ.) renvoient aux règles sur l'imputation des paiements. Dans l'exemple cité, la remise de 25.000 francs a réduit par compensation, à pareille somme, la créance du correspondant créancier, mais subsidiairement elle a donné au débiteur la possibilité d'exiger un nouveau prêt de 5.000 francs. La remise a eu deux effets différents parce qu'il y a deux contrats différents (compte courant et ouverture de crédit).

présumer le caractère de paiement de la remise du débiteur, et non pas présumer l'existence d'un contrat d'ouverture de crédit, modifiant le jeu du contrat de compte courant.

8° *Application du paragraphe 4 de l'article 446 du Code de Commerce.* — Comment faut-il appliquer, dans la théorie des compensations successives, les dispositions de l'article 446 du Code de Commerce frappant de nullité les sûretés constituées pendant la période suspecte, par le correspondant débiteur, en garantie du paiement du solde définitif ?

La réponse est simple : la sûreté sera nulle dans la mesure où le solde débiteur, qui existait au moment où elle a été constituée, se retrouve dans le solde débiteur définitif. Imaginons qu'au jour de la constitution de la sûreté, le solde soit débiteur de 30.000 francs et que, par la suite, le correspondant débiteur ait fait des remises s'élevant à 20.000 francs, tandis que celles de l'autre se sont élevées à 10.000 francs. Par suite des règles sur l'imputation des paiements, les remises du correspondant débiteur se sont imputées sur les créances les plus anciennes du créiteur, donc sur la dette qui existait, au jour de la constitution de la sûreté, à la charge du constituant ; le solde définitif est donc composé, à concurrence de 10.000 francs, par des créances antérieures à la sûreté, et pour pareille somme par des créances postérieures. C'est donc à concurrence de 10.000 francs seulement que la sûreté garantira le solde du compte (136).

(136) On pourrait concevoir que le débiteur stipule, lors de chacune de ses remises, postérieure à la constitution de la sûreté,

9° *Possibilité d'une saisie-arrêt sur le solde débiteur provisoire du compte.* — Puisque, à chaque instant, il existe une créance au profit de l'un des correspondants, les propres créanciers de celui-ci pourront pratiquer des saisies-arrêts, entre les mains du correspondant débiteur.

Les saisies auront pour effet, non pas d'arrêter le fonctionnement du compte, mais d'empêcher que les nouvelles remises du correspondant débiteur, se compensent avec le solde ayant fait l'objet des saisies. L'article 1298 du Code Civil le dit d'ailleurs expressément : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. »

10° *Interprétation de l'article 575 § 2 du Code de Commerce.* — Aucune difficulté n'existe, dans la théorie des compensations successives, sur l'interprétation qu'il convient de donner dans l'article 575 § 2 du Code de Commerce, aux mots : « compensé en compte courant ». Rappelons que, pour certains auteurs, le commettant ne doit être admis à revendiquer le prix des marchandises vendues par le commissionnaire, que dans la mesure où non seulement le compte existant entre le commissionnaire et l'acheteur est créateur

que cette remise s'impute sur les derniers versements du créateur, qui, de la sorte, se trouverait, dans l'exemple envisagé, privé du bénéfice de la sûreté. Il semble que la validité de ces imputations pourrait difficilement être contestée par le créancier, mais que celui-ci pourrait exercer des poursuites pénales contre son débiteur, dont la façon d'agir supposait qu'il prévoyait sa faillite, et commettait ainsi sciemment une escroquerie à l'égard de son créancier.

en faveur du commissionnaire, mais encore où aucun article n'y figure au débit du commissionnaire (LYON-CAEN et RENAULT, 4^e éd., T. VIII, 802), car d'après le principe de l'indivisibilité du compte courant, la compensation se produit à la clôture entre tous les articles de débit et tous les articles de crédit.

En sens inverse, d'autres auteurs (THALLER et PERCEAU, T. I, n^o 1134) pensent qu'il suffit, pour que la revendication soit possible, que le compte présente à sa clôture un solde, en faveur du commissionnaire, au moins égal à la somme revendiquée.

La théorie des compensations successives amène à une interprétation de l'article 575, intermédiaire entre ces deux thèses extrêmes. A cet égard, il est intéressant de noter qu'un très intéressant arrêt de la Cour de Montpellier (137) a fait, sans en prononcer le nom, une application de la théorie des compensations successives, en décidant que la revendication devait être admise, lorsque au moment de l'inscription en compte de la somme revendiquée, le compte était, soit balancé, soit créateur en faveur du commissionnaire et que, depuis lors, il n'a subi aucune modification.

11^o *Dettes de jeu*. — Une dette de jeu inscrite en compte, peut en être retirée par son débiteur tant qu'elle n'a pas été compensée. Le fait que le créancier aurait donné son accord à un relevé de compte où figurait cette dette, n'empêcherait pas ce retrait, car le débiteur n'est pas engagé au paiement par la reconnaissance d'une telle dette. Cette solution est plus

(137) Montpellier, 4 novembre 1937, G. P. 5 et 6 décembre 1937.

rigoureuse pour le débiteur que celle admise par la jurisprudence actuelle.

12° *Une dette non exigible* inscrite dans le compte ne sera compensée qu'après les dettes exigibles (art. 1256 Code Civil), à moins que le débiteur n'ait imputé expressément sur cette dette un de ses versements.

Cette solution est plus favorable au créancier, que celle de la jurisprudence actuelle.

13° *Application de l'article 32 de la loi du 9 mars 1918.* La solution apportée par la Cour de Cassation en 1929, à l'application de l'article 32 de la loi du 9 mars 1918, lorsque les intérêts de la dette hypothécaire d'une victime de la guerre, ont été capitalisés en compte courant, ne se concevrait plus dans la théorie des compensations successives, à l'égard des intérêts capitalisés, déjà compensés en compte. D'ailleurs, la loi était destinée à venir en aide « au propriétaire, qui, « par le fait de la guerre, se trouvera privé d'une « notable partie des ressources, sur lesquelles il peut « compter pour faire face au paiement de ses « dettes hypothécaires et privilégiées... » On doit considérer que le propriétaire a disposé des ressources nécessaires, lorsqu'il a réussi à payer les intérêts de sa dette par compensation.

14° *Les diverses autres dérogations que la jurisprudence a dû apporter à la théorie classique deviennent des solutions normales si l'on adopte la théorie des compensations successives.* — Rappelons que ces dérogations ont trait à l'application des articles 1084 1167, 1401 et 1409 du Code Civil, à l'utilisation du

solde créateur du compte comme provision de traites et chèques, à l'établissement des bilans de sociétés, à la déclaration au greffe des tribunaux de commerce des créances dues par l'apporteur d'un fonds de commerce (art. 7 de la loi du 17 mars 1909), à la compensation des éléments du compte après faillite d'un correspondant, il n'existe plus de compensation après faillite, dans la théorie des compensations successives).

Nous estimons que la théorie des compensations successives, telle que nous l'avons énoncée, constitue un instrument très supérieur à celui qu'utilise actuellement notre jurisprudence. La simplicité de ses principes, leur caractère de droit commun, en rendent l'application aisée. Nous avons essayé de justifier juridiquement quelques atténuations ou modifications de ses applications, qui, trop exclusives de considérations pratiques, heurteraient les usages. Nous ne pensons pas avoir, pour autant, rompu l'unité et l'harmonie de la théorie.

C'est à cette théorie des compensations successives, que nous essaierons, dans les pages qui vont suivre, de rattacher nos solutions, afin d'en assurer le caractère juridique et l'homogénéité.

CHAPITRE II

LA CONTREPASSATION DES EFFETS IMPAYÉS

SECTION I

Le contrat d'escompte

et l'escompte en compte courant

Il est impossible de comprendre ce qu'est la contrepassation, et de l'étudier, sans avoir une idée précise de l'opération juridique à l'occasion de laquelle elle intervient, à savoir l'escompte en compte courant.

On appelle escompte, le fait par une personne de remettre en espèces, au porteur d'un effet de commerce non encore échu, le montant de cet effet, moyennant l'endossement de celui-ci, et sous déduction du bénéfice qu'elle prétend retirer de l'opération. Ainsi entendu, l'escompte est un contrat synallagmatique.

Souvent on nomme aussi escompte, d'une façon impropre et par extension du vrai sens de ce mot, la différence entre le montant de l'effet endossé et de la somme versée à l'endosseur par l'escompteur, autrement dit le bénéfice apparent réalisé par ce dernier.

L'escompteur est généralement un banquier. Il bénéficie, comme endossataire, de tous les droits que la loi donne aux tiers porteurs des effets de commerce.

Cette qualité de tiers porteur nous paraît suffisante

pour caractériser les droits de l'escompteur. Certains auteurs et tribunaux n'ont pas été de cet avis et ont cherché à assimiler le contrat d'escompte à d'autres types de contrats connus.

a) Les uns ont considéré l'escompte comme une vente ou plus exactement une cession de créance.

A cet égard on peut citer un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 19 octobre 1894 (1) qui statuant dans un litige né à l'occasion d'un endossement de warrants (2), s'est exprimé ainsi : « ...attendant que ceux-ci (les endossements autres que le premier) constituent la cession d'une créance future, et « sont de simples opérations d'escompte... » Parmi les auteurs M. WAHL (3) s'est exprimé d'une façon analogue.

En faveur de cette théorie, on peut faire le raisonnement suivant : C'est un principe fondamental de notre Droit qu'un ayant cause ne peut avoir plus de droits que son auteur, et que le cessionnaire d'une créance n'a en conséquence pas plus de droits que le cédant sur le débiteur (4), à moins que le cédé n'ait accepté expressément le transport (argument tiré de l'article 1295 du Code Civil) (5). Or en acceptant une lettre de change ou en souscrivant un billet à ordre, l'accepteur, ou souscripteur, a d'avance donné son

(1) *D. P.*, 1895-1-25.

(2) On sait que les warrants sont considérés comme des effets de commerce garantis par un gage.

(3) *Précis de droit commercial* n° 1931 et s.

(4) La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette idée (cf. *Planiol* 11 n° 1610).

(5) f. *Planiol* 11 n° 1626.

adhésion à tout transport de la créance dont il s'est reconnu débiteur, de sorte que les dispositions des articles 121 et 185 du Code de Commerce, par lesquelles « les personnes actionnées en vertu de la lettre
« de change (ou d'un billet à ordre) ne peuvent pas
« opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs
« rapports personnels avec le tireur ou les porteurs
« antérieurs » deviennent compatibles avec l'hypothèse que l'endossement réalise une cession de créance.

Pourtant cette théorie ne peut être admise. Elle a contre elle les dispositions des articles 1693 et 1694 du Code Civil.

D'après l'article 1693 : « Celui qui vend une
« créance. . doit en garantir l'existence au temps du
« transport, quoi qu'il soit fait sans garantie. » et l'article 1694 ajoute : « il ne répond de la solvabilité du
« débiteur que lorsqu'il s'y est engagé et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la
« créance. » Or en matière de lettres de change, l'endossement garantit la provision (c'est-à-dire l'existence d'une créance sur le tiré) à l'échéance, (article 116 du Code de Commerce). D'autre part l'endosseur est garant du paiement de l'effet et non pas d'une somme égale à celle qu'il a retirée de la négociation. *Il n'y a donc aucune analogie entre les droits d'un escompteur et ceux d'un cessionnaire de créance* (6).

(6) C'est ce qu'avait implicitement déclaré la Cour de Cassation dans deux arrêts datant de 1848, par lesquels elle avait décidé que l'art. 1693 ne s'applique pas aux effets de commerce, dont la garantie est réglée par la loi commerciale (Civ., 22 fév. 1848, *D. P.*, 1848-1-113, Civ., 30 mai 1848, *D. P.*, 48-1-116).

b) D'autres auteurs ont préféré assimiler l'escompte à un prêt remboursable d'abord par un tiers (7).

Dans cette théorie, la date de remboursement du prêt se confond avec la date d'échéance de l'effet et le taux de l'escompte avec le taux de l'intérêt.

Les partisans de cette assimilation de l'escompte à un prêt ont invoqué les dispositions d'une loi du 9 juin 1857, dont l'article 8 était ainsi conçu : « La Banque de France pourra si les circonstances l'exigent, élever au-dessus de 6 % le taux de ses escomptes et l'intérêt de ses avances... » Rappelons qu'à cette époque le taux de l'intérêt conventionnel était limité en matière commerciale à 6 %, en vertu d'une loi du 3 septembre 1807.

L'article précité de la loi de 1857 paraissait assimiler les taux de l'escompte et de l'intérêt, et de son interprétation « a contrario » il aurait dû résulter que seule la Banque de France serait admise à escompter à un taux supérieur à 6 %.

L'interprétation rigoureuse de la loi de 1857 aurait mis les banques dans l'impossibilité de pratiquer le réescompte, puisque cette opération nécessite pour être faite sur une grande échelle, que les banques réalisent un bénéfice grâce à la différence du taux de l'escompte pratiqué par elles, et celui (inférieur) adopté par la Banque de France.

Ainsi interprétée la loi de 1857 aurait eu pour effet de fausser complètement le mécanisme du crédit bancaire, aussi la jurisprudence a admis que les banques,

(7) Cette idée avait été anciennement exprimée par Pothier dans son traité de l'usure (Section 5).

tout en limitant apparemment à 6 % le taux de leur escompte, pratiquent en réalité un taux plus élevé que celui de la Banque de France (8), par l'usage de commissions et droits de change (9), par l'utilisation d'une année fictive de 360 jours et par un calcul de l'escompte simplifié, mais volontairement erroné (10).

Depuis qu'une loi du 12 janvier 1886 a rétabli la liberté du taux conventionnel de l'intérêt en matière commerciale, il n'est plus possible d'invoquer la loi de 1857 pour justifier que l'escompte est un prêt, mais il reste que la jurisprudence n'a jamais admis une telle interprétation de la loi de 1857.

On peut signaler, par ailleurs, que les bénéfices résultant pour les banquiers, d'opérations d'escompte, ne sont pas soumis par les lois et règlements fiscaux à l'impôt sur le revenu des créances, mais à l'impôt sur les bénéfices commerciaux et industriels (11).

Dans ces conditions, il ne paraît pas possible de considérer le contrat d'escompte comme un contrat de prêt, même d'un genre particulier.

Nous sommes ainsi amenés à reconnaître le contrat d'escompte comme un contrat synallagmatique ayant

(8) Cass., 9 juill. 1872. S., 1872-1-288.

(9) Le droit de change est perçu lorsque l'effet est payable dans une autre place que celle où il a été escompté. Ce droit représente les frais de recouvrement, et si l'effet est payable en monnaie étrangère, la perte que l'escompteur pense avoir à subir.

(10) Ce calcul consiste à dire que si le taux de l'escompte est de 8% par an, soit 2% par trimestre, un effet de 100 frs. vaut, 3 mois avant son échéance 98 frs., alors qu'en réalité il faudrait dire qu'un effet de 102 frs. vaut 100 frs trois mois avant son échéance, ou encore dans les mêmes conditions, qu'un effet de 100 frs., vaut environ 98 frs. 04.

(11) Une loi du 21 déc. 1895 (art. 31) l'a formellement déclaré en ce qui concerne l'escompte des warrants.

son originalité propre, et dont les parties en conséquence, fixeront librement les modalités, sauf à respecter les règles générales, auxquelles la loi a subordonné la validité des contrats, et les règles édictées par le Code de Commerce en matière d'effets de commerce.

Puisque le contrat d'escompte entraîne l'endossement d'un effet de commerce, il est intéressant d'indiquer qu'une théorie défendue par THALLER et PERCE-ROU (12) assimile l'endossement à une délégation de créance.

Il y a peu de choses à dire de la délégation de créance, car deux textes légaux seulement y sont relatifs, à savoir les articles 1275 et 1276 du Code Civil, placés dans une section traitant de la novation. L'article 1275, qui seul nous intéresse est ainsi conçu :
« La délégation par laquelle un débiteur donne au
« créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le
« créancier, n'opère point de novation, si le créancier
« n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger
« son débiteur qui a fait la délégation. » Interprétant
« ce texte, des civilistes ont voulu voir dans la délégation, « imparfaite », (par opposition avec la « délégation parfaite » qui s'accompagne de la décharge du premier débiteur cf. article 1276), une institution juridique spéciale superposant au double engagement d'un débiteur (délégué) envers son créancier (déléguant), et de ce dernier envers son propre créancier (délégataire), un engagement direct du délégué envers le délégataire. L'intérêt de cette institution serait d'augmenter les garanties du bénéficiaire final de la

(12) Traité élémentaire n° 1297 et 1463.

créance, et de dispenser les bénéficiaires successifs des formes ordinaires de la cession.

A notre avis, il n'y a rien à déduire de nouveau de la théorie de THALLER et PERCEROU, au point de vue du mode et des conséquences de l'endossement des effets de commerce, mais cette théorie présente pourtant l'avantage d'élargir la notion de contrat d'escompte, en étendant la possibilité de l'escompte à d'autres créances que celles représentées par des effets de commerce.

Si l'on admet la théorie de THALLER et PERCEROU, (et personnellement nous nous y rangeons volontiers), *l'escompte devient le versement d'une somme d'argent en contre-partie d'une délégation de créance.*

Tel est du moins le caractère du contrat d'escompte, lorsqu'il se présente comme une convention isolée (auquel cas on le qualifie d'« escompte par caisse »), mais très généralement lorsqu'un commerçant est appelé à faire de nombreuses opérations d'escompte, il préfère, plutôt que de régler séparément chaque contrat d'escompte, le régler dans le cadre d'un contrat de compte courant qu'il conclut avec son banquier. On se trouve alors en présence d'« escompte par compte ».

Le règlement en compte courant des contrats d'escompte, ne change pas la nature de ceux-ci. La contre-partie de l'endossement de chaque effet reste un engagement du banquier d'en payer le montant. Cet engagement ou ce qui revient au même, la créance du remettant, est matérialisée par un article inscrit par le récepteur au crédit du compte du remettant. Ce qui change c'est la façon dont le banquier règle sa dette :

dans l'escompte par caisse, son paiement suivait immédiatement la remise de l'effet, et était effectué en espèces. Dans l'escompte par compte, le paiement pourra selon les besoins du client, être différé ou plus rarement avoir été effectué d'avance, selon qu'au moment de son inscription en compte, la créance du remettant se trouve ou non compensée. Au surplus, même si le compte n'est alimenté que par des opérations d'escompte, la créance du remettant pourra se trouver compensée parfois, non avec des versements en espèces, mais avec des créances du banquier débitées au compte du remettant. Cette dernière particularité sera mieux comprise après que nous aurons parlé de la contrepassation.

Il est évident que la physionomie du compte peut être modifiée, si les parties décident d'utiliser celui-ci pour le règlement d'autres contrats tels que : ouvertures de crédit (c'est-à-dire prêts), dépôts, opérations de bourse, etc... Mais ceci n'est pas l'objet de notre étude et il importe d'insister sur le fait que l'escompte en compte courant ne fait intervenir aucun autre élément que ceux que nous avons indiqués.

SECTION II

Définition, Fondement et Nature de la Contrepassation

A. — DEFINITION

A chaque remise d'un effet de commerce à l'escompte (Nous ne parlerons plus désormais que de

l'escompte en compte courant), le récepteur inscrit au crédit du compte qu'il a ouvert au remettant, le montant de l'effet diminué de « l'escompte » (13).

On appelle contrepassation l'inscription par le banquier au débit du compte du remettant, du montant d'un effet escompté, resté impayé à son échéance (14).

Cette opération comptable nous paraît très normale et très facile à comprendre. Par un contrat d'escompte le récepteur est devenu propriétaire d'un effet de commerce, à l'échéance duquel, en sa qualité de porteur, il en a exigé le paiement du débiteur principal. Si ce dernier n'a pas payé (et si les autres signataires antérieurs au remettant ont été également défaillants), le récepteur se trouve avoir une créance contre le remettant. Or par le contrat de compte courant, le récepteur et le remettant se sont engagés à régler en compte leurs créances réciproques. Plus particulièrement, si le contrat de compte courant a été conclu en

(13) Il arrive fréquemment que les banquiers ouvrent à leurs clients, un compte dit « de garantie » ; ce compte est crédité d'une fraction (5%, 10% ou davantage) des effets escomptés, et le solde de ce compte (créditeur par définition) est bloqué au profit du banquier, pour lui permettre d'opérer éventuellement une compensation avec le solde débiteur du compte ordinaire, au cas où le client ne serait pas en mesure de régler ce dernier. En conséquence de l'existence d'un compte de garantie, le banquier n'inscrit les effets escomptés au crédit du compte ordinaire, que sous déduction à la fois de « l'escompte », et de la fraction inscrite au crédit du compte de garantie.

(14) Le mot « contrepassation » est également employé pour désigner tout report d'un article, du débit au crédit d'un compte ou « vice versa », ce qui est normal étant donné son étymologie. La « contrepassation d'effets impayés » peut intervenir dans des cas tout-à-fait étrangers à celui qui nous intéresse, notamment lorsque des effets remis à l'encaissement, ou donnés en gage, ont été dès leur remise portés par le récepteur au crédit du remettant, et sont impayés à leurs échéances. De tels effets ne devraient être crédités qu'après paiement, c'est-à-dire lorsque le remettant se trouve avoir acquis une créance contre le récepteur.

vue du règlement d'opérations d'escompte, il est destiné à servir au règlement des créances, ayant leur origine dans ces opérations. Il est donc normal que le récepteur inscrive au débit du compte, le montant de l'effet dont le remettant est devenu son débiteur.

Nous allons voir que la jurisprudence et une partie de la doctrine n'admettent pas cette conception très simple de la contrepassation.

B. — FONDEMENT ET NATURE DE LA CONTREPASSATION
D'APRES LA JURISPRUDENCE (15)

Dès le 26 mai 1820, le Tribunal de Commerce de Rouen autorise le récepteur à contrepasser pour les motifs suivants : « ...le *crédit* est seulement *conditionnel* jusqu'au paiement des effets à échoir, qui ne sont, suivant l'usage du commerce, portés en écriture que pour le bon ordre et suivant encaissement... ». Ce jugement est confirmé par un arrêt de la Cour de Rouen du 16 novembre 1820, qui fait l'objet d'un pourvoi rejeté par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 janvier 1823. Ce dernier arrêt, moins précis que le jugement, déclare que le souscripteur ne peut se faire un titre de créance du reliquat du compte courant, résultant à son profit, d'effets portés à son crédit, puisqu'il n'a point payé ces mêmes effets comme il s'y était obligé pour devenir créancier.

Contre cette première tendance, une réaction se manifeste dans un arrêt de la chambre des requêtes du 9 janvier 1838 (16) qui déclare : «Les effets de

(15) Sur ce sujet voir Pulby, « La Coutume et son rôle en matière de compte courant ».

(16) *D. P.*, 1838-1-50.

« commerce transmis en compte courant, deviennent la
« propriété de celui qui les accepte, sans qu'on puisse
« dire que la validité de l'article de crédit soit subor-
« donnée au paiement des effets à l'échéance... ». Dans
le même sens, on relève deux arrêts de la Cour de
Rouen de 1841 et 1845 (17) et un nouvel arrêt de la
Chambre des Requêtes du 17 avril 1846 (18) où il est
dit : «... attendu que *l'inscription au crédit est défini-*
« *tive et sans réserve* ; que c'est là une habitude
« constante du commerce ; que le défendeur ne peut
« s'appuyer en l'espèce sur la réserve assez souvent
« usitée de sauf encaissement. » On note encore une
décision de la Cour de Dijon du 29 avril 1847 (19) qui
repousse la contrepassation comme constituant au
profit du récepteur, un privilège contraire aux dispo-
sitions des articles 443 et suivants du Code de Com-
merce.

L'arrêt précité de la Cour de Cassation du 27
avril 1846, paraissait indiquer que l'inscription de
l'effet au crédit, est définitive sauf convention
contraire nettement exprimée. Mais en 1842, la Cour
de Nancy (20) avait consacré la présomption contrai-
re en décidant : « ..que cette *condition (d'encaisse-*
« *ment à l'échéance)*, qui s'exprime quelquefois dans
« les accusés de réception par les mots « sauf encaisse-
« ment » mais qui *souvent* aussi est *passée sous silence*,
« n'en doit pas moins, d'après les usages du commerce

(17) Rouen 13 décembre 1841. *S.* 42-2-55. Rouen 18 juin 1845
S., 46-2-70.

(18) *S.*, 1846-1-593.

(19) *S.* 1848-2-187.

(20) Nancy, 10 décembre 1842. *D. P.*, 1843-2-46.

et l'article 1160 du Code Civil (21) *recevoir son application*.

Dans le même sens que la Cour de Nancy, la Chambre Civile revenant à sa première façon de voir, décide le 10 mars 1852 (22) « *...que suivant les usages du commerce...* le crédit du remettant n'est que pro-
« visoire et *conditionnel jusqu'à l'encaissement* ; que
« le montant des valeurs impayées, doit être contre-
« passé au débit du remettant pour anéantir l'effet du
« crédit provisoire... ; que la déclaration de faillite, ne
« peut avoir pour effet, de rendre pure et simple une
« créance conditionnelle de nature ».

Depuis lors, la Cour Suprême a toujours statué dans le même sens. Dans la longue série des arrêts qu'elle a rendus nous en relevons un du 10 janvier 1872 (23), qui déclare avec beaucoup de précision : « *...attendu que cette banque n'a fait que se conformer à l'usage admis en matière de compte courant, et à une condition qui doit être réputée sous-entendue, alors même qu'elle n'aurait pas été expressément stipulée...* ».

Depuis 1852, la Cour de Cassation n'a pas varié dans la conception qu'elle s'est faite de la contrepassation. Elle considère celle-ci comme *l'annulation par un procédé comptable, d'un article de crédit inscrit sous la condition résolutoire tacite, du défaut de paiement à son échéance de l'effet de commerce, dont la*

(21) Art. 1160 du Code Civ. : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoi qu'elles n'y soient pas exprimées ».

(22) *D. P.*, 1852-1-77.

(23) *Sirey*, 1872-1-25.

remise avait provoqué l'inscription de l'article de crédit.

Il est intéressant d'indiquer que certaines Cours d'Appel ont eu l'occasion d'émettre d'autres conceptions de la contrepassation.

Dans un premier groupe on peut ranger divers arrêts anciens d'après lesquels, l'inscription d'un article de crédit par le récepteur, à l'occasion d'une remise d'effets à l'escompte, ne serait faite que pour une simplification de comptabilité. Le récepteur ne serait que détenteur de l'effet jusqu'à l'échéance, et par symétrie, le *remettant* ne *serait créancier* du récepteur jusqu'à la même époque que *sous condition suspensive* (24).

A une époque plus récente, un second groupe d'arrêts a suggéré que l'inscription du crédit était faite *sous la double condition, que l'effet soit payé à l'échéance, et que le paiement intervienne avant la clôture du compte*. Dans cette théorie, si le compte est clôturé avant l'échéance de certains effets escomptés, le récepteur a le droit d'effectuer la contrepassation de ceux-ci.

Parmi ces arrêts, on peut en citer un de la Cour de Montpellier du 3 décembre 1924 (25) qui déclare :
« ...attendu que l'état de faillite de LACOMBE qui obligeait le banquier à clôturer son compte courant, l'autorisait à procéder à une contrepassation immédiate
« de l'effet qui n'était pas encore payé... ». La Cour

(24) Parmi ces arrêts citons : Paris, 21 avril 1849, *D. P.*, 49-2-25. Toulouse, 31-5-51. *J. Trib. Com.*, 53415 (s. Req., 26 juil. 1852). Bordeaux 12-5-57 *J. Trib. Com.*, 58-223.

(25) *Annales de Droit Commercial*, 1926 p. 82.

d'Appel de Lyon a décidé de même en 1925 (26)
« que le compte ayant été clôturé avant encaisse-
« ment, les effets de commerce devaient être reportés
« par une contrepassation d'écritures, au débit du
« remettant ».

Indiquons encore un arrêt de la Cour de Pau du
15 mars 1927 (27) qui décida « ...que le Crédit Lyon-
« nais a opéré régulièrement, en contrepassant tous les
« effets impayés au débit de la Veuve LACLEAU, immé-
« diatement après la défaillance de celle-ci, qui arrê-
« tait définitivement le compte courant ».

Cette jurisprudence dissidente a pris fin, à la
suite d'un arrêt de la Chambre Civile du 19 mars
1930 (28), dont l'un des « attendus » est ainsi conçu :

« Sur le moyen additionnel, tiré de ce que l'inscrip-
« tion au crédit de l'endosseur est subordonnée à l'en-
« caissement avant la clôture du compte courant, des
« effets remis par lui, et que par suite la contrepassa-
« tion doit être opérée au jour de la faillite, même si
« les effets ne sont pas échus... Attendu... que l'endos-
« sataire demeurant propriétaire des effets en vertu
« de l'endossement, ne peut, en opérant une contre-
« passation, faire état d'une dette qui ne deviendra
« certaine que par suite du non paiement des effets à
« leur échéance (29). »

(26) Lyon, 13 juin 1925, *D. P.* 1926.2.145.

(27) *D. P.*, 1928-1-68.

(28) *G. P.*, 1930-1-642.

(29) Les termes de cet arrêt sont parfaitement nets; il est indéniable que la Cour a considéré l'inscription de l'effet escompté, comme soumise à la condition résolutoire du défaut de paiement de l'effet. Ce n'est pas ce qu'a estimé la Cour de Douai, qui dans

Depuis cet arrêt aucune controverse n'a plus surgi en jurisprudence sur le fondement et la nature de la contrepassation.

Que faut-il penser des diverses positions prises en cette matière par la jurisprudence, et de celle qu'elle a définitivement adoptée ?

Remarquons d'abord que la jurisprudence a toujours considéré la contrepassation comme étant l'annulation de l'article de crédit inscrit lors de la remise.

Ceci dit, la Cour de Cassation a certainement bien jugé, en refusant de considérer la créance du remettant (et l'article de crédit qui la représente), comme soumise à la condition suspensive de l'encaissement de l'effet à l'échéance. Admettre que le récepteur est, jusqu'à l'échéance, un simple détenteur de l'effet escompté, serait contradictoire avec le fait que par l'endossement, le récepteur est devenu propriétaire de l'effet.

La Cour Suprême étant partie du postulat que la contrepassation résulte de l'accomplissement d'une condition résolutoire, on ne peut nier que sa jurisprudence ait toujours été cohérente. Si les parties ont expressément stipulé l'existence de cette condition, les Tribunaux ne peuvent qu'entériner leur convention. Si au contraire les parties ont gardé le silence, les Tribunaux peuvent interpréter leur volonté en se conformant à l'équité et aux usages (en vertu des articles 1135 et 1160 du Code Civil), sauf à ne prendre en

un arrêt du 5 mars 1931 (journal des fail. 1931, p. 221) a déclaré « attendu que l'arrêt de Cass. du 19 mars 1930, donne à la remise « sauf encaissement », le caractère de créance sous condition suspensive ».

considération que des usages bien établis et bien connus des parties (ce qui justifie le refus des Tribunaux d'admettre la contrepassation, en cas de clôture du compte avant l'échéance des effets).

Reste à savoir ce que vaut le postulat, duquel la Cour Suprême a tiré ses logiques déductions.

Les opinions diverses émises par les auteurs, sur le fondement et la nature de la contrepassation, vont nous éclairer à ce sujet.

C. — FONDEMENT ET NATURE DE LA CONTREPASSATION D'APRES LA DOCTRINE

Les auteurs se sont ralliés, dans leur très grande majorité, à l'idée que la contrepassation équivaut à l'annulation d'un article de crédit en conséquence de l'avènement d'une condition résolutoire, mais ils expliquent diversement l'origine de cette condition.

1° Première théorie. — La contrepassation est une application de l'article 1184 C. Civ.

MM. THALLER et PERCEROU (30) estiment que la contrepassation n'est qu'une application de l'article 1184 du Code Civ. qui prévoit que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement... ».

D'après ces auteurs « si le réceptionnaire a crédité « son envoyeur d'une remise, c'est en retour de la

(30) « Traité élémentaire », II, n° 1667. Dans le même sens : Bruxelles, 29 octobre 1932, *Annales Dr. Com.*, 1933, p. 149 (poursuivi rejeté par Cass. Belge le 6 juillet 1935, *Gaz. Jud. et Com. de Lyon*, 1935, p. 235).

« garantie de l'effet prise par celui-ci, garantie résultant de sa signature d'endosseur. Du moment que l'effet reste en souffrance, l'envoyeur est en faute, il n'exécute point son engagement ; le porteur se délie envers lui, il résout rétroactivement l'inscription procurée à son compte... ».

L'avantage de l'explication proposée par MM. THALLER et PERCEROU c'est qu'elle rend inutile de recourir aux usages, (comme le fait la jurisprudence), pour justifier la contrepassation, lorsque les parties n'ont expressément introduit dans leur contrat d'escompte, aucune clause « sauf encaissement ».

Mais une objection irréfragable peut être faite à cette théorie, à savoir que les dispositions de l'article 1184 sont indivisibles ; or cet article dont nous avons donné plus haut le premier alinéa, se poursuit ainsi : « ...*Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec des dommages-intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au « défendeur » un délai selon les circonstances* ».

Ainsi l'application de l'article 1184 exigerait que la contrepassation soit subordonnée à une résolution judiciaire du contrat d'escompte. Une telle exigence est tellement contraire à la pratique de l'escompte en compte courant, qu'elle suffit à faire écarter la théorie de MM. THALLER et PERCEROU, sans qu'il soit

besoin de recourir à une critique de l'analyse qui les a conduits à l'adopter.

2° *Théorie de la condition résolutoire conventionnelle tacite*. Cette théorie, voisine de la précédente, prête aux parties l'intention (que par suite des usages, il leur est superflu d'exprimer dans le contrat d'escompte), de subordonner le maintien de l'article, inscrit par le récepteur au crédit du compte du remettant lors de l'escompte, au paiement de l'effet à son échéance, par le débiteur principal et par les endosseurs antérieurs au remettant.

Cette théorie est celle adoptée depuis 1852 par la Cour de Cassation ; elle a été admise par la plus grande partie des auteurs et a notamment pour elle l'autorité de MM. LACOUR et BOUTERON (31).

On a fait à cette théorie des objections, tirées des principes de la théorie classique du compte courant, à savoir, d'une part que l'inscription de l'effet escompté au crédit du compte du remettant, opère une novation de la créance de celui-ci en un article de compte sur le maintien duquel le défaut de paiement de l'effet ne peut avoir d'influence (32) et d'autre part, que le principe de l'indivisibilité s'oppose à ce qu'un régime spécial soit appliqué à l'un des éléments du compte (33).

On peut répondre à ces objections, qu'à moins d'une convention contraire, la créance novée doit être

(31) « Précis de Droit Commercial », II, 1483.

(32) Cette objection ne peut être faite lorsque les parties ont expressément convenu qu'une condition résolutoire affecterait l'article de crédit.

(33) Cf. Piret, n° 58 et 245.

réputée détruite par l'avènement de la condition résolutoire, qui annule rétroactivement la créance primitive (34) et que le principe de l'indivisibilité, qui se résume à admettre une compensation unique des articles du compte, à l'expiration de celui-ci, n'a pas la conséquence qu'on lui prête.

Au demeurant les objections, tirées des principes de novation et d'indivisibilité, disparaissent si l'on admet, come nous l'avons fait, la théorie des compensations successives.

Un autre reproche a été fait à la théorie de la « condition résolutoire conventionnelle » par M HAMEL en ces termes (35) : « ...si ce système était
« exact, la clause sauf encaissement devrait exister
« dans tous les escomptes, même effectués par caisse,
« en dehors de tout compte courant. Le banquier
« escompteur non payé,, pourait toujours se retourner à son gré, contre le cédant, soit en vertu du
« recours de change, soit par la résolution du contrat
« d'escompte, et ce dernier procédé aurait l'avantage
« de lui donner une garantie de paiement, même
« après l'expiration quinquennale des recours de
« change. »

Le reproche émis par M. HAMEL ne nous paraît pas devoir être retenu : La Cour de Cassation n'a jamais parlé d'une résolution du contrat d'escompte. mais de l'annulation d'un article de crédit ; or dans l'escompte par caisse, le remettant dès qu'il a remis l'effet, en reçoit le montant et ne possède donc contre

(34) Planiol, II, 538.

(35) « Banques et opérations de banques », I, n° 405.

le récepteur, aucune créance susceptible d'annulation.

La théorie de la condition résolutoire conventionnelle, n'est pourtant pas à l'abri des critiques. On peut lui en faire trois (36) :

a) Prenons d'abord le cas le plus favorable à ses partisans ; celui où, par une convention expresse, les parties ont décidé que le maintien de l'article de crédit, inscrit au profit du remettant, serait subordonné au paiement de l'effet à son échéance, par l'un des signataires antérieurs au remettant. Si l'on admet la théorie classique du compte courant, la théorie de la « condition résolutoire conventionnelle », est insoutenable.

En effet, puisque l'avènement de la condition provoque la résolution rétroactive de l'article de crédit, il faudrait logiquement, dans l'impossibilité comptable où l'on se trouve de raturer cet article, en contrepasser *le montant* au débit du compte. Or, sans que le remettant émette aucune protestation, le récepteur contrepasse toujours, non pas le montant de l'article de crédit, mais le montant de l'effet. Comment justifier cette façon de procéder ?

Les partisans de la théorie que nous critiquons passent toujours sous silence cette irrégularité (37). qu'ils paraissent considérer comme étant sans impor-

(36) Voir sur ce point particulier une quatrième critique, *infra*, page 108, note (39).

(37) Il faut faire exception pour M. Marty (*Annales Dr. Com.*, 1931, p. 99) qui déclare que la somme contrepassée devrait être rigoureusement égale à celle qu'il s'agit d'annuler,

tance, alors qu'il en est tout autrement. Nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'il y a toujours une différence sensible (normalement de 2 à 3 % pour les effets à 90 jours), entre le montant de l'article de crédit et celui de l'effet, et que cette différence peut devenir considérable (osciller entre 10 et 20 %) dans le cas de l'existence d'un compte de garantie (38).

b) A cette argumentation s'en ajoute une autre, si l'on admet la théorie des compensations successives. Dans cette théorie l'expression « Article de crédit » n'a plus qu'un sens comptable, et c'est en réalité la créance que possède le remettant contre le recep-teur qui est sujette à annulation. Or, l'annulation sera impossible si à l'époque où se réalise la condition, la créance du remettant a déjà été compensée en compte, car alors on doit considérer qu'elle a été payée, donc éteinte. On ne peut donc plus expliquer dans tous les cas la contrepassation par annulation d'un article de crédit.

c) Enfin si les parties n'ont fait aucune allusion dans leur contrat d'escompte, à l'existence d'une clause « sauf encaissement », c'est peut-être mal interpréter leur volonté commune, que de supposer qu'ils l'ont sous-entendue, alors surtout qu'il leur était si facile de l'exprimer.

Pour se convaincre que notre suggestion a quelque fondement, il suffit d'interroger un commerçant ou un industriel, qui fait avec son banquier des opérations d'escompte en compte courant sans avoir

(38) Cf. *supra*, p. 95, note 13.

convenu d'une clause « sauf encaissement ». Ce commerçant trouvera très naturel qu'à défaut du paiement à l'échéance, et sans qu'il soit besoin d'une convention spéciale, le banquier débite son compte de l'effet impayé, mais il sera vraisemblablement étonné si on lui apprend que c'est en vertu d'une condition résolutoire sous-entendue, que le banquier contre-passe. Cette conception du contrat d'escompte lui est certainement étrangère.

Pour ces divers motifs, la théorie de la « condition résolutoire conventionnelle », ne nous paraît pas mériter la faveur que lui ont accordée la jurisprudence et la doctrine (39).

Puisque nous ne pouvons pas accepter les deux théories qui font dépendre la contrepassation de l'avènement d'une condition résolutoire, il nous en faut chercher une autre.

3° *Théorie du défaut de cause.* MM. LYON-CAEN et RENAULT (40) estiment que la contrepassation est justifiée par le défaut de cause de l'obligation du récepteur. Ces auteurs s'expriment ainsi : « Dans le « compte courant, le crédit donné au remettant a pour « cause la transmission d'une valeur au récepteur ; le

(39) L'application de cette théorie peut conduire à des conséquences imprévues et fâcheuses. Indiquons par exemple que l'article 6 du décret-loi du 25 août 1937, relatif au « Règlement amiable homologué, en faveur des débiteurs commerçants et artisans », contient la disposition suivante : « La décision du Tribunal, déléguant un de ses juges pour examiner la demande et la situation du débiteur, arrête de même la réalisation et l'effet des clauses résolutoires... ». Faut-il en conclure que la décision du Tribunal empêchera le banquier escompteur de contrepasser les effets impayés ? On ne peut l'admettre, et pourtant ce serait logique.

(40) « *Traité* », IV, 811. La même opinion a été soutenue antérieurement par Feitu, Da et Lefrançois.

« défaut de paiement de l'effet vient prouver qu'en
« réalité, aucune valeur n'est entrée dans le patrimoine
« du récepteur. Le crédit n'a donc pas de cause ; il est
« nul comme le serait une obligation sans cause (Art.
« 1131 Code Civ.) ; il peut être supprimé aussi bien
« que si l'effet était reconnu faux. On ne peut objecter
« à cette solution le silence des parties... il n'est jamais
« nécessaire de stipuler qu'une opération sera nulle
« faute de cause. »

L'analyse que font MM. LYON-CAEN et RENAULT de l'escompte en compte courant ne paraît pas exacte : le remettant a endossé un effet de commerce en toute propriété ou si l'on préfère, a délégué une créance au récepteur et celui-ci, en contre-partie, s'est reconnu débiteur d'une somme d'argent. Si l'effet n'est pas payé à son échéance par les signataires antérieurs au remettant, il n'en restera pas moins la propriété du récepteur (41), qui pourra très bien le recouvrer par la suite. Dès lors on ne peut pas dire que l'engagement du récepteur n'ait pas de cause, et l'on ne peut pas s'étonner que la théorie soutenue par MM. LYON-CAEN et RENAULT n'ait pas actuellement d'adepte (42).

4° *Théorie du mandat.* La théorie du mandat a été émise par WAHL qui, dans son précis de Droit commercial (43) déclare : « Il serait préférable (à la

(41) Le maintien du droit de propriété est affirmé par la Cour de Cassation. Nous étudierons cette question en détail dans le chapitre III.

(42) On a souligné avec raison que la théorie de MM. Lyon-Caen et Renault a quelque parenté avec celle de MM. Thaller et Percey, et avec la théorie de la « Condition conventionnelle ». L'article 1184 du Code Civil contient une idée de causalité (Cf. Trasbot, *Annales Dr. Com.*, 1927, p. 294. — Escarra, VI, n° 543).

(43) N° 1.781.

« théorie de la condition résolutoire) de reconnaître
« que dans la pensée des parties, il n'y a pas eu trans-
« fert de propriété, mais mandat de toucher et d'ins-
« crire le montant, une fois touché, au crédit du client.
« Ce que les parties veulent, c'est que les risques rela-
« tifs aux recouvrements restent à la charge du remet-
« tant ; or le transfert de propriété implique transfert
« des risques (art. 1138 du Code Civ.), sauf la garantie
« établie en matière d'effets de commerce. Transférer
« une créance, en ajoutant que si cette créance n'est
« pas recouvrée, le transfert sera non avenue, c'est en
« réalité s'engager à transférer le produit de cette
« créance quand elle sera recouvrée. »

La théorie de M. WAHL méconnaît que dans une opération d'escompte le remettant endosse toujours l'effet en blanc, donc en toute propriété (44). On ne rencontre jamais dans les conventions d'escompte aucune réserve quant au transfert immédiat de la propriété des effets. En outre, cette théorie n'est guère compatible avec le fait que le remettant est crédité des effets escomptés au moment même de leur remise, alors qu'il devrait l'être au moment du recouvrement), enfin c'est à tort que M. WAHL déclare que le transfert sera non avenue si l'effet n'est pas recouvré à l'échéance ; la jurisprudence dominante admet en effet que le récepteur conserve et recouvre l'effet impayé.

Cette théorie est donc inadmissible, au même titre que l'était la théorie de la condition suspensive

(44) Art. 117, C. Com.

émise par certaines Cours d'Appel à partir de 1924 et condamnée par la Cour de Cassation en 1930 (45).

5° *Théorie du recours de change*. Nous sommes ainsi obligés, après un long détour, de revenir à la conception que nous nous faisons de la contrepassation en tête même de ce chapitre.

Nous avons émis l'idée que la contrepassation correspond tout simplement, à l'inscription par le récepteur, du débit du compte du remettant, de la créance qu'il se trouve posséder contre celui-ci, à la suite de la défaillance des signataires antérieurs. C'est une créance cambiaire, que le récepteur avait acquise sous condition suspensive lors de la remise de l'effet (46).

Cette notion de la contrepassation n'a jamais fait beaucoup d'adeptes. On peut considérer qu'elle a été adoptée par la Chambre des Requêtes dans un arrêt du 15 mars 1848 (47), qui définit la contrepassation comme un recours en garantie, « encore bien que déguisée sous le nom d'annulation du crédit ». En doctrine, elle a été émise par M. BOISTEL dans son *Précis de Droit Commercial* (48), mais cet auteur (dont l'ouvrage date de 1884) fait également appel, pour justifier la contrepassation, aux articles 1135 et

(45) Cf. *supra*, p. 100.

(46) Cette théorie justifie l'analyse que nous avons faite de l'escompte en compte courant, à la fin de la première section de ce chapitre. Nous avons dit que la créance résultant pour le client de la remise d'un effet, pourrait se trouver compensée par une créance du banquier.

(47) *D. P.*, 1848-1-179.

(48) N° 883.

1184 du Code Civil (49), de sorte qu'il en résulte une certaine confusion dans ses déductions.

Plus récemment la théorie du recours de change a été soutenue par M. HAMEL (50) et adoptée expressément par la Société d'Etudes Législatives, dans l'article 15 de son projet de loi sur le compte courant, à la préparation duquel M. HAMEL a d'ailleurs collaboré (51).

Cette théorie nous paraît seule conforme à la réalité juridique, nous verrons lorsqu'il s'agira de l'appliquer, dans quelle mesure sont justifiés les propos un peu sceptiques de M. ESCARBA (52) qui déclare : « La varité même, des systèmes qui cherchent à justifier la contrepassation et ses conséquences, montre qu'aucun de ces systèmes n'est pleinement satisfaisant. En fait si l'on dresse une liste des diverses solutions pratiques acquises ou préconisées, on s'aperçoit que pour les expliquer il faut s'adresser distributivement à chacune des théories en présence. »

(49) C'est ce qui explique que Thaller et Percerou puissent écrire (« Précis », n° 1667, note 1) : « M. Boistel est un partisan, en réalité, de la solution basée sur l'article 1184 ».

(50) N° 407, p. 634. M. Hamel fait pourtant quelques réserves dont nous parlerons plus loin. Cf. également Brun.

(51) Cet article 15 dit : « ... Le récepteur peut même après la faillite du remettant exercer son recours en garantie en contrepassant les effets... » (*Bull. Sté d'ét. Lég.*, 1935, p. 335). On peut se demander si la Commission a bien mesuré la portée des notes qu'elle a employées, car son Président, M. Tournon, commentant l'article devant l'Assemblée Générale, a expressément fait découler la contrepassation, de l'avènement d'une condition résolutoire !

(52) II, 543.

SECTION III

Exercice de la contrepassation en cas de faillite d'un correspondant (53)

A) INFLUENCE DE LA FAILLITE DE L'UN DES CORRESPONDANTS SUR LA POSSIBILITE DE CONTREPASSER

L'un des effets du jugement déclaratif de faillite est « d'emporter de plein droit à partir de sa date, « dessaisissement pour le failli de l'administration de « tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir « tant qu'il est en état de faillite » (Art. 443 Code Com.).

L'une des conséquences, que l'on s'accorde à faire produire à ce dessaisissement, est la résiliation « de plano » des contrats, qui « par leur nature ou à raison même de l'intention des parties », ne peuvent être exécutés que par le failli et qui, en même temps, intéressent son patrimoine. Il est d'usage de faire figurer parmi ces contrats conclus « intuitu personæ » le mandat, la société de personnes, et le compte courant.

En ce qui concerne la fin de la société ou du mandat il existe des textes (art. 1865 § 4 et 2003 al. 3 C. Civ.), qui indiquent comme cause de dissolution la déconfiture de l'une des parties au contrat, d'où l'on a déduit par extension que la faillite avait le même effet. Pour

(53) L'exercice de la contrepassation pose quelquefois des problèmes difficiles, même dans le cas où les correspondants sont *in bonis*. Ces problèmes subsistent en cas de faillite. Nous serons donc amenés à les traiter.

le contrat de compte courant, il n'existe aucun texte, mais la jurisprudence est unanime (54).

Après la dissolution du contrat de compte courant, il devient logiquement impossible pour les correspondants d'inscrire en compte une nouvelle créance.

Ici apparaissent, pour la première fois, les répercussions dissemblables des diverses théories émises sur la nature de la contrepassation.

Dans la théorie de la condition résolutoire conventionnelle (qui considère la contrepassation comme l'annulation par un procédé comptable, d'un article de crédit rétroactivement détruit), rien ne s'oppose à ce que le récepteur contre passe après la faillite du remettant (55), ou si c'est le récepteur qui est en faillite, à ce que son syndic opère une contrepassation (56). Il n'y a pas en effet inscription d'une créance nouvelle, mais annulation d'une créance anciennement inscrite.

On arrive aux mêmes résultats dans les théories de MM. THALLER et PERCEROU, et de MM. LYON-CAEN et RENAULT, fondées, la première sur l'avènement d'une condition résolutoire légale, et la seconde sur un défaut de cause ; une obligation sans cause ne peut produire aucun effet, et la contrepassation n'en est que l'annulation matérielle.

Il est presque superflu de faire remarquer l'inté-

(54) Cass., 18 janvier 1887, *D.*, 1887-1-278.

(55) Voir les divers arrêts de Cassation favorables à cette théorie cités dans la section II, p. 96 et s.

(56) Cf. Com. Dunkerque, 2 février 1931, *G. P.*, 1932-2-173.

rêt que présente la contrepassation pour le récepteur, dans le cas où le solde du compte est créditeur en faveur du remettant failli. Si on lui refusait le droit de contrepasser, le récepteur se verrait obligé de régler intégralement la créance du remettant, et de produire à la faillite de celui-ci pour le montant de l'effet contrepassé, dans le but de recevoir un dividende.

Arrivons-en à la théorie qui fait de la contrepassation un recours de change. Elle est très défavorable au récepteur, puisqu'elle assimile la contrepassation à l'inscription d'une créance nouvelle, et la rend donc impossible en cas de faillite de l'un des correspondants. Il faut bien reconnaître que c'est la raison pour laquelle cette théorie a eu si peu de succès, l'opinion générale ayant estimé qu'elle causait un préjudice injustifié au récepteur.

M. HAMEL, qui est partisan de la théorie du recours de change, a pensé qu'il était possible de « compléter le système en faisant intervenir les usages fondés sur l'équité ». D'après lui « le solde est établi contrairement à l'équité, si le compte comprend au crédit des écritures qui ne correspondent à aucune remise effective ; il convient de réparer cette injustice en permettant au banquier de contrepasser, même après la faillite du remettant, sa créance en garantie contre le remettant » (57).

On peut objecter à M. HAMEL, qu'il a dit lui-même dans une autre occasion (58), que « quelle que soit

(57) N° 407.

(58) N° 425.

la valeur des arguments d'équité, les Tribunaux ne doivent les prendre en considération, que s'ils permettent de justifier devant l'opinion publique des solutions juridiquement exactes. »

Admettre la théorie du recours de change et admettre également la contrepassation après faillite de l'un des correspondants, est-ce une solution juridiquement exacte ? Il faut répondre par la négative, à moins que l'on ne modifie la notion usuelle de la clôture du compte courant par la survenance de la faillite. Or nous pensons justement que cette notion n'est pas exacte.

On fait produire à la faillite de l'un des correspondants la dissolution du contrat de compte courant, parce que l'on prête au dessaisissement du failli, (principe légal et dicté par l'art. 443 Code Com.) deux conséquences : d'abord l'impossibilité pour le correspondant failli de faire des remises, c'est-à-dire de disposer de son patrimoine pour acquérir des créances contre l'autre partie en compte, et ensuite, l'impossibilité d'effectuer un paiement, donc de compenser ce qui est exigé par le fonctionnement du compte courant.

Ces deux arguments, mis en avant pour justifier la clôture du compte, appellent les observations suivantes : a) il est vrai que le failli ne peut plus disposer de son patrimoine ; certes, il peut être autorisé par jugement à continuer l'exploitation de son fonds de commerce (art. 470 Code Com.), mais alors il n'est que le préposé du syndic représentant la masse des créanciers. Différente est la situation du liquidé

judiciaire qui, s'il a été autorisé par une ordonnance, à continuer son exploitation, n'a besoin que de l'assistance de son liquidateur (art. 6 loi du 4 mars 1889) ; le liquidé peut fort bien être titulaire d'un compte courant, le faire fonctionner et par conséquent, faire des remises.

b) L'analyse de la compensation en un double paiement fictif est une construction juridique de la doctrine, qu'il faut bien se garder de mal interpréter. La compensation *n'est pas*, elle *équivaut* à un double paiement. Il n'est pas besoin pour que la compensation s'opère entre dettes liquides et exigibles « que le créancier et le débiteur soient capables de faire ou de recevoir le paiement. La compensation est un mode de règlement qui dispense du paiement. C'est une simple question de compte à régler. On n'a nul besoin pour cela de la capacité des intéressés » (59).

L'article 1290 du Code Civil est à cet égard très net puisqu'il dit : « La compensation s'opère de plein « droit par la seule force de la loi, même à *l'insu des* « *débiteurs* ; les deux dettes s'éteignent réciproque-
« ment, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois,
« jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

Il apparaît donc que le dessaisissement du failli ne peut pas avoir pour effet d'empêcher la réalisation après la faillite, de la compensation légale, puisque celle-ci ne nécessite pas un acte de volonté du débiteur. (Il en va autrement de la compensation conventionnelle entre dettes non liquides ou exigibles).

¹ (59) Planiol, II, n^{os} 579 et 588.

Il ressort de ces observations, qu'aucune des deux raisons habituellement mises en avant, pour justifier la dissolution du contrat de compte courant par la survenance de la faillite, n'est décisive.

Personnellement, nous pensons que le contrat n'est pas dissous.

Cependant pour satisfaire aux prescriptions de la loi des faillites, il importe de distinguer les dettes du failli antérieures au jugement déclaratif et celles qui lui sont postérieures, (soit qu'il s'agisse de dettes de masse contractées par le failli dans la gestion de l'actif, comme préposé du syndic, ou par le liquidé judiciaire avec l'assistance de son liquidateur ; soit qu'il s'agisse de dettes contractées par le failli, ou le liquidé, à l'occasion d'une profession nouvelle, conduite avec des capitaux nouveaux, et qui sont alors inopposables à la masse des créanciers.

La continuation du fonctionnement du compte courant est donc impossible dans la mesure seulement, où elle aurait pour effet d'amener la confusion des dettes du failli antérieures et postérieures à la faillite.

Une première objection vient immédiatement à l'esprit : si le contrat de compte courant continue d'exister et se trouve seulement suspendu dans presque tous ses effets, il faut admettre que l'homologation du concordat obtenu par le failli ou le liquidé judiciaire, permettra au contrat de recevoir à nouveau son entière application. Or, la Cour de Cassation (60) a décidé au contraire que le compte est défi-

(60) Ch. Civ. Cass., 8 mars 1897 (1897-1-321) — Ch. Civ. Cass., 4 Nov. 1897 (J. des Stés 1897. 243).

nitivement arrêté par la faillite ; (on peut remarquer que la Cour a parlé d'arrêt du compte, et non de dissolution du contrat de compte courant).

Cette jurisprudence ne nous paraît pas en contradiction avec notre thèse. Dans le cas où a statué la Cour de Cassation, le compte était débiteur à la charge du failli et la Cour a bien jugé.

En effet, le jugement d'homologation du concordat a fait bénéficier le failli, pour le règlement du solde débiteur de son compte, de conditions spéciales, qui ne sont pas compatibles avec la continuation de l'exécution de l'ancien contrat de compte courant.

Le fonctionnement du compte ne peut donc reprendre après le jugement d'homologation (à moins que le débiteur renonce à opposer au récepteur le traité concordataire). Au contraire, dans le cas où le compte serait créateur en faveur du failli, et en supposant que le syndic en réclamant le paiement de cette créance n'ait pas dénoncé le compte, celui-ci pourrait, croyons-nous, recommencer à fonctionner après l'homologation du concordat.

A la lumière de ces explications, il ressort que rien ne s'oppose à ce que le récepteur contrepasse un effet après la faillite du remettant, même si cet effet est venu à échéance après la faillite. Dans ce dernier cas, la créance du récepteur, bien qu'étant née après la faillite, ne peut être considérée comme une créance postérieure à la faillite, et conséquemment n'ayant pas sa place dans le compte. Cette créance à sa cause dans un contrat d'escompte antérieur à la faillite ; dès la

conclusion de ce contrat elle a eu une existence ; (une créance sous condition suspensive est un élément actif dans un patrimoine ; elle est transmissible, aussi bien entre vifs que pour cause de mort ; elle est justifiable d'actes conservatoires) (61). Au demeurant, jamais aucune objection n'a été faite, à ce qu'une telle créance figure au passif d'un failli.

Nous pensons que nos raisonnements justifient la possibilité pour le récepteur, de contrepasser les effets impayés, après la faillite du remettant, tout en considérant cette contrepassation pour ce qu'elle est, à savoir un recours de change.

Notre manière de voir n'est d'ailleurs pas si révolutionnaire qu'elle en a l'air. Nous avons déjà dit que la jurisprudence, émue des conséquences injustes auxquelles aboutit le principe, qu'aucune compensation n'est possible après faillite, admet dans des cas de plus en plus nombreux, que la « connexité » des créances réciproques, c'est-à-dire le fait qu'elles dérivent d'une même source, justifie leur paiement à due concurrence par compensation, même s'il s'agit de créances devenues liquides et exigibles après la faillite de l'une des parties (62).

Nous rejetons personnellement cette théorie de la connexité, comme dépourvue de fondement juridique. En tout cas même si cette théorie était admissible, elle ne serait pas à notre avis applicable au compte courant (comme le prétendent MM. PERCEROU et

(61) Cf. Planiol, I, n° 319.

(62) Percerou et Desserteaux, II, n° 866 bis et suivants.

DESSERTAUX (63)), les créances réciproques réglées par compensation en vertu d'un contrat de compte courant, n'ayant nullement leur source dans ce contrat.

A l'appui de notre thèse, et en raisonnant par analogie, il est intéressant de faire remarquer que de nombreuses exceptions ont été apportées par la jurisprudence, au principe légal (article 2003 § 3 du Code Civil), que le contrat de mandat prend fin par la faillite du mandant ou du mandataire (64).

Dans le cas de faillite du mandant, un arrêt de la Cour de Cassation du 31 juillet 1872 (65) a déclaré « que le mandat confié à un tiers, de faire un emploi « déterminé de fonds appartenant au mandant, n'est « pas révoqué par la faillite de celui-ci, lorsqu'il fait « partie d'un ensemble de conventions, conclu de « bonne foi entre les parties et que le droit des « syndics se borne à veiller à ce que le mandat soit « exécuté suivant les termes du contrat ».

Un autre arrêt de la Cour Suprême du 31 juillet 1912 (66), statuant dans le même sens que le précédent, a décidé « que si la faillite du mandant, met fin « au mandat par lui donné uniquement dans son « intérêt, cet événement reste sans influence sur le « mandat confié dans l'intérêt du mandant et de tiers, « pour une affaire commune à toutes les parties ; « qu'en pareil cas, le droit des syndics se borne à

(63) II, n° 866, note 3.

(64) Cf. Almeras, *Rev. Gén. des Faillites*, 1936, p. 79.

(65) *D. P.*, 72-1-300.

(66) *D. P.*, 1913-1-81.

« veiller à ce que le mandat soit exécuté suivant les conventions des parties ».

Dans le cas de faillite du mandataire, et bien qu'ici le caractère « *intuitu personae* » du contrat de mandat prenne toute sa valeur, toute une série d'arrêts de Cours d'Appel, rendus dans des espèces étroitement similaires, a rompu avec le principe de la résolution du contrat ; c'est ainsi que la Cour d'Appel de Montpellier (arrêt du 14 avril 1932) a dit « que le texte, « (de l'article 2003 du Code Civil) ne s'applique pas, « lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt non « seulement du mandant, mais aussi du mandataire, « ou du mandant et d'un tiers ; que la faillite reste « sans influence sur le mandat conféré pour une « affaire commune à toutes les parties...; qu'en pareil « cas, le droit des syndics se borne à veiller à ce que « le mandat soit exécuté suivant les conventions des « parties ».

Il résulte nettement de tous ces arrêts, que le principe de la résolution du contrat de mandat par la faillite de l'une des parties, n'a plus qu'une portée très restreinte.

Une seconde objection peut être faite à notre théorie : Si le contrat de compte courant n'est pas dissous de plein droit par la survenance de la faillite de l'un des correspondants, il n'en reste pas moins que l'un quelconque de ceux-ci peut (à l'exception du cas où un terme aurait été fixé à la durée du compte), dénoncer à chaque instant le contrat, et empêcher ainsi la contrepassation ultérieure d'un effet.

Pour échapper à cette conséquence, nous pensons

qu'il est possible de recourir à une fiction, à savoir de rapprocher le contrat de compte courant du contrat de société (67), et de soutenir que le compte courant se survit à lui-même pour les besoins de sa liquidation.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 8 février 1882 (68), statuant dans un cas où l'un des associés d'une société dissoute avait une dette envers celle-ci, et avait été déclaré en faillite, avant la répartition de l'actif social s'est exprimé ainsi : « Attendu que la
« faillite personnelle de l'un des associés, déclarée
« avant le partage, ne saurait modifier l'application
« de ces principes (du partage) ; qu'en effet le mode
« de partage sus-indiqué s'impose au syndic, qui
« représente l'associé tombé en faillite, et ne peut
« avoir plus de droit qu'il n'en aurait lui-même.
« Attendu qu'il suit de ce qui précède, qu'en ordon-
« nant que le liquidateur serait tenu de verser aux
« mains du syndic, la part intégrale revenant au
« failli dans l'actif social, au même titre et dans les
« mêmes proportions qu'aux autres associés, sauf à
« la société à se faire admettre au passif pour le
« montant de sa créance, l'arrêt a violé les articles
« sus-visés (1872, 828 et 832 du Code Civil)... ».

Cet arrêt ouvre la voie à l'assimilation que nous proposons.

La dissolution du contrat de compte courant, à une

(67) Ce rapprochement a déjà été fait (Mater, *Rev. Dr. banc.*, 1932, p. 333), mais il n'en a été à ce jour tiré aucune conséquence pratique.

(68) *S.*, 1882-1-625.

époque où certains effets escomptés ne sont pas encore échus, ne peut faire ressortir qu'une situation provisoire des parties, à laquelle il serait peu juridique de faire produire des résultats définitifs. La fiction à laquelle nous avons proposé d'avoir recours, éviterait cette conséquence choquante, en justifiant la contrepassation des effets impayés, après dissolution du compte.

B) A QUI APPARTIENT LE DROIT DE CONTREPASSER ?

La jurisprudence a décidé, depuis longtemps, que la contrepassation est une faculté appartenant au seul récepteur, qui est libre de l'opérer ou non selon son intérêt (69). Le remettant ne peut ni refuser ni exiger la contrepassation.

La portée de ce principe jurisprudentiel, qui est applicable aussi bien lorsque les parties sont solvables (70), que lorsque l'une d'elles ou toutes les deux sont en faillite, est considérable.

En cas de faillite du remettant, le récepteur contrepasse pratiquement toujours ; en effet, si le compte est créateur en faveur du remettant, il obtient le règlement intégral de sa créance par compensation, et si le compte est au contraire débiteur, une jurisprudence, dont nous aurons l'occasion de parler dans le chapitre III, lui conserve malgré la contrepassation, les avantages réservés par les articles 542 et suivants du Code de Commerce, aux porteurs d'effets de commerce.

(69) Req., 14 mai 1862, *D. P.*, 1863-1-173 ; *S.*, 1862-1-499.

(70) Req., 23 nov. 1920, *D.*, 21-1-62.

Au cas inverse où le remettant est « *in bonis* » et le récepteur en faillite, le syndic de celui-ci a intérêt à ne pas contrepasser, lorsque le compte est créateur en faveur du remettant. De la sorte, ce dernier ne recevra qu'un dividende sur le montant du solde, tandis que le récepteur recevra intégralement le paiement de l'effet (71). Le remettant ne supporterait aucun préjudice, si on lui accordait la possibilité d'exiger la contrepassation.)

Enfin, si les deux correspondants sont en faillite, et si le compte est créateur en faveur du remettant, le syndic de la faillite du récepteur ne contrepassera pas, lorsque les dividendes qui paraissent devoir être touchés dans la faillite du remettant, sont supérieurs à ceux que donnera la faillite du récepteur (72). Il contrepassera dans les autres cas.

Examinons maintenant ce que vaut en droit le principe admis par la jurisprudence.

Les décisions de justice se contentent toutes d'affirmer, que la contrepassation est facultative pour le récepteur, parce que la clause « sauf encaissement » a été introduite en sa faveur ou, ce qui revient au même, dans son intérêt.

Cherchant à justifier cette affirmation de la juris-

(71) Trib. Com. Havre, 17 mars 1931, *J. Faillites*, 1931, p. 166.

(72) Imaginons que le solde du compte soit en faveur du remettant et égal à 50, et que le récepteur ait en sa possession un effet de 20. Supposons que le dividende à toucher soit de 5 % dans la faillite du récepteur et 30 % dans la faillite du remettant. Si le récepteur contrepasse, il versera au remettant $5/100 (30) = 1.50$. S'il ne contrepasse pas, il versera d'un côté $5/100 (5) = 2.5$ et touchera de l'autre $30/100 (20) = 6$. Il recevra donc au total 3,5.

prudence, MM. THALLER et PERCEROU (73) ont fait observer « que la résolution pour inexécution des « engagements, ne peut point être invoquée par la « partie à qui cette exécution est imputable ». Cette observation est exacte, si l'on fait découler la contrepassation d'une application de l'article 1184 du Code Civil (comme le font THALLER et PERCEROU), mais elle cesse de l'être si l'on adopte la théorie de la condition résolutoire conventionnelle, qui est celle de la jurisprudence. A ce sujet on peut s'en référer à n'importe quel civiliste, et notamment à PLANIOL (74) qui déclare : « *quand il s'agit d'une condition résolutoire* « *ordinaire chaque partie peut s'en prévaloir, c'est* « *qu'alors la résolution a une cause fortuite, alors que* « *quand la résolution s'opère en vertu du pacte com-* « *missoire, la cause en est imputable à faute à l'une* « *des parties* ». Pour éviter l'application du principe très bien énoncé par PLANIOL, il faudrait admettre que l'on puisse imputer au remettant comme une faute, la défaillance du débiteur principal ; quoi qu'en pensent certains arrêts, une telle théorie est insoutenable, (hormis les cas exceptionnels où le remettant aurait sciemment trompé le récepteur sur l'existence de l'acceptation (fausse signature) ou sur la personnalité de l'accepteur).

Il apparaît ainsi, qu'étant donné la théorie de la contrepassation qu'elle a admise, la jurisprudence, si elle avait voulu être logique, aurait dû décider que le remettant serait en droit d'exiger la contrepassa-

(73) II, n° 1667 *in fine*.

(74) Planiol, II, n° 1314.

tion. Ce n'est pas la dernière contradiction que nous aurons à signaler.

MM. LYON-CAEN et RENAULT (75) n'acceptent également pas la situation faite au remettant. « Pour « nous » disent ces auteurs « il y a en cas de non paiement d'un effet entré dans un compte courant, « nullité de la translation de propriété, pour défaut « de cause. Or les principes généraux du droit autorisent toute personne intéressée, même celle par la « faute de laquelle le défaut de cause existe, à s'en « prévaloir. »

Si l'on admet la théorie du recours de change, il est évident que seul le récepteur a le droit de contrepasser ; il peut ne pas faire valoir sa créance ; et la volonté du débiteur (c'est-à-dire du remettant), ne peut rien contre la sienne.

Plus difficile est de déterminer le fondement du droit accordé au récepteur, de poursuivre le remettant en vertu de l'effet qu'il a jugé bon de ne pas contrepasser. Tous les arrêts indiquent que le récepteur étant propriétaire des effets de commerce escomptés, peut exercer tous les droits qui y sont attachés (76) cette explication n'est pas admissible tant que le contrat de compte courant est en vigueur ; en effet, par ce contrat, les parties ont justement convenu que leurs créances réciproques ne feraient pas l'objet d'actions en paiement séparées, et seraient réglées par compensation en compte !

Evidemment si le remettant supposé « in bonis »

(75) IV, n° 815.

(76) Req., 15-4-26, *Gazette Palais*, 26-2-79.

accepte de régler l'effet, ou si le syndic du remettant failli admet l'effet au passif, il n'y a aucune difficulté. Mais que décidera-t-on au cas de refus de règlement ou d'admission au passif ?

A notre avis il faut conclure au bien-fondé d'un refus de règlement séparé de la part du remettant, ou d'un refus d'admission au passif par son syndic, et donner tort à la jurisprudence. Il est inadmissible de dire, comme le fait celle-ci, que le récepteur a la possibilité d'exécuter ou non le contrat de compte courant selon son intérêt. Seule une clause spéciale et expresse du contrat serait susceptible de consacrer, au profit du récepteur, une pareille dérogation au droit commun des contrats.

Le même raisonnement reste vrai au cas de dissolution du contrat de compte courant, si l'on se range à l'idée que le compte se survit pour les besoins de sa liquidation.

C) QUAND LE RÉCEPTEUR PEUT-IL CONTREPASSER ?

a) *Contrepassation postérieure à l'échéance.*

Généralement le récepteur contrepasse l'effet, dès que celui-ci lui est revenu impayé, mais il n'y a là pour lui aucune obligation, et il peut opérer la contrepassation plus tard.

Doit-on admettre que le récepteur peut surseoir à la contrepassation tant qu'il lui plaît ? La réponse à cette question, sur laquelle la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer, dépend de la théorie que l'on adopte quant à la nature de la contrepassation.

Si l'on fait dépendre celle-ci de l'avènement d'une condition résolutoire conventionnelle, ou d'un défaut de cause, le récepteur pourra surseoir, autant qu'il le voudra, à la contrepassation, puisqu'il est libre d'invoquer ou non la réalisation de la condition ou l'absence de cause. Rappelons qu'à notre avis le remettant devrait pouvoir invoquer également les mêmes motifs, et obliger le récepteur à contrepasser, à moins que l'on ne fasse dépendre la contrepassation d'une condition résolutoire légale.

Par contre si l'on considère la contrepassation comme un recours de change, il faut admettre qu'elle ne peut être effectuée que dans les limites de la prescription d'un an, à laquelle l'article 179 du Code de Commerce soumet les actions du porteur contre les endosseurs (77). D'après cet article la prescription court, du jour du protêt dressé en temps utile, ou du jour de l'échéance en cas de clause de retour sans frais, ou encore, s'il y a eu action en justice, du jour de la dernière poursuite. Dans le système que nous avons adopté, cette action en justice ne se conçoit pas, puisque nous avons refusé au récepteur une action séparée en vertu de la traite, tant que le compte n'est pas dissous et liquidé (78).

(77) Antérieurement au décret-loi du 30 octobre 1935, l'article 189 du Code de Commerce édictait une prescription de 5 ans.

(78) La théorie jurisprudentielle de la contrepassation permet en fait au récepteur d'exercer un recours contre le remettant, en vertu de la traite impayée, même si la prescription annale a joué. La clause qui permet ce recours (condition résolutoire conventionnelle) devrait être réputée nulle aux termes de l'article 2.220 du Code Civil qui dispose « qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription ».

D'après le même article 179, la prescription annale ne s'applique pas, s'il y a eu reconnaissance de la dette par acte séparé, autrement dit cette reconnaissance fait courir une prescription trentenaire, pendant toute la durée de laquelle le récepteur pourra contrepasser. Nous pouvons ici rappeler que dans la théorie des compensations successives (que nous avons adoptée), la prescription spéciale à chaque créance inscrite en compte, court tant que cette créance n'a pas été compensée. En conséquence une citation en justice pour le paiement du solde débiteur du compte, ou une reconnaissance de dette applicable à tout le solde (par exemple une approbation de relevé de compte), ferait courir une nouvelle prescription annale de l'effet contrepassé (79) mais, au contraire, une condamnation judiciaire au paiement de toutes les créances composant le solde, aurait pour effet de nover celles-ci en une créance unique prescriptible par 30 ans.

b) *Contrepassation antérieure à l'échéance.*

1° *Application de l'article 147 du Code de Commerce.*

Dans trois cas particuliers, la contrepassation apparaît possible avant échéance, au moins si l'on considère qu'elle est un recours de change. En effet, l'article 147 du Code de Commerce est ainsi conçu (80) : « Le porteur peut exercer ses recours

(79) Trib. Civ. Dijon, 3 mars 1892, *D. P.*, 1893-2-535.

(80) Le libellé actuel de l'article 147 date du décret-loi du 30 octobre 1935. Ce même décret a supprimé le deuxième alinéa de l'article 444 du Code de Commerce, qui contenait une disposition

« contre les endosseurs, le tireur et les autres obli-
« gés... même avant l'échéance, 1° s'il y a eu refus
« total ou partiel d'acceptation ; 2° dans le cas de
« faillite du tiré, accepteur ou non, de cessation de
« ses paiements, même non constatée par un juge-
« ment (81), ou saisie de ses biens demeurée infruc-
« tueuse ; 3° dans le cas de faillite du tireur, d'une
« lettre non acceptable. »

Ces règles ne sont pas absolues, car le même arti-
cle se poursuit ainsi : « ...Toutefois les garants, contre
« lesquels un recours est exercé dans les cas prévus
« par les deux derniers alinéas, 2° et 3° qui précèdent,
« pourront dans les trois jours de l'exercice de ce
« recours, adresser au Président du Tribunal de
« Commerce de leur domicile, une requête pour
« solliciter des délais. Si la demande est reconnue
« fondée, l'ordonnance fixera l'époque à laquelle les
« garants seront tenus de payer les effets de com-
« merce dont il s'agit, sans que les délais ainsi
« octroyés, puissent dépasser la date fixée pour
« l'échéance. L'ordonnance ne sera susceptible ni
« d'opposition, ni d'appel. »

Lorsque le remettant est « in bonis », il est certain

assez voisine du paragraphe 2 de l'article 147 actuel, savoir : « En
« cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur
« d'une lettre de change, ou du tireur à défaut d'acceptation, les
« autres obligés seront tenus de donner caution pour le paiement à
« l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement ».

(81) L'expression « cessation de ses paiements même non constatée par un jugement », nous paraît malheureuse. Elle constitue un argument de texte en faveur de la théorie jurisprudentielle de la « faillite de fait » qui, à notre sens, a beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages (cf. Percerou et Desserteaux, I, n° 231 et suivants).

que le délai de trois jours, pendant lequel il peut adresser une requête au Président du Tribunal, doit courir seulement du jour où il a eu connaissance de la contrepassation, par acte quelconque émanant du récepteur (avis, relevé de compte, etc.). Si le remettant est en faillite, cette requête n'est pas possible, puisqu'elle tendrait à obtenir un mode de paiement particulier pour une créance.

Nous pensons que l'article 147 est applicable, si l'on considère la contrepassation comme l'annulation d'un article de crédit, pour défaut de cause ou défaut d'exécution d'un engagement synallagmatique (article 1184 du Code Civil) ; mais nous croyons au contraire qu'il ne l'est pas, si l'on fait dépendre la contrepassation, de l'avènement d'une condition résolutoire conventionnelle, surtout si cette condition a été expressément libellée « sauf encaissement à l'échéance ».

2° Ancienne controverse jurisprudentielle sur la possibilité pour le récepteur de contrepasser les effets non échus, en cas de faillite du remettant.

Cette controverse, actuellement close, mérite qu'on la rappelle sommairement, car elle offre un intéressant exemple d'un flottement de la jurisprudence, qui n'est peut-être pas le dernier en matière de contrepassation. Nous y avons d'ailleurs fait allusion dans la section II B du présent chapitre (82).

Environ entre les années 1920 et 1928, des banquiers ont cru avoir trouvé une justification juridique

(82) Cf. *supra*, p. 100.

de la contrepassation, au jour de la faillite du remettant, des effets non échus, et leur argumentation a réussi à convaincre un certain nombre de tribunaux et de cours d'appel.

Cette argumentation des banquiers était la suivante :

Le récepteur est créancier du remettant, pour le montant des avances qu'il lui a faites en contrepartie des effets escomptés. La contrepassation des effets non échus a pour résultat de faire exactement apparaître, dans le solde du compte, le montant des avances du récepteur.

Ce dernier a d'autant plus le droit de produire au passif du remettant, pour un solde de compte ainsi rectifié, que d'après l'article 444 du Code de Commerce, et l'article 8 de la loi du 4 mars 1889, le jugement qui déclare un débiteur en faillite, ou l'admet au bénéfice de la liquidation judiciaire, rend exigible à son égard, les dettes passives non échues. De la sorte, même si l'on considérait que les dates de remboursement des avances du récepteur, se confondent avec les dates d'échéances des effets, le récepteur n'en serait pas moins fondé à contrepasser les effets non échus.

Enfin cette contrepassation anticipée, a l'avantage de permettre d'établir définitivement, au jour de la faillite du remettant, la situation qui résulte pour les parties de l'existence du compte, et d'éviter postérieurement des passations d'écritures, qui s'accordent mal avec le principe que le compte est clos par la survenance de la faillite.

Ce raisonnement qui n'était pas dépourvu d'une apparente logique, fut adopté, avec quelques variantes, par divers tribunaux de commerce, par le Tribunal Civil de Limoges (83), puis successivement par les Cours de Montpellier, Lyon, Rouen, Pau et Toulouse (84).

En doctrine, M. TRASBOT (85) fit un intéressant commentaire de cette nouvelle jurisprudence: « ...Dans
« un contrat de garantie, on s'adresse au débiteur
« principal, puis aux garants à son défaut. Les
« parties n'ont-elles pas voulu convenir que l'ouverture de crédit serait remboursée par l'emprunteur
« avant l'échéance de l'effet au plus tard, puis s'il
« n'en est rien par le tiré ? En temps normal, c'est
« le tiré qui paiera, mais si le client est déclaré en
« faillite, il est déchu du terme, et la dette devient
« exigible... »

Ces raisonnements n'eurent qu'un succès momentané. Ils étaient basés sur une fausse analyse du contrat d'escompte qui, nous l'avons dit, n'est pas un prêt (86).

An reste, de nombreux tribunaux ne les acceptèrent jamais et à partir de l'année 1927, diverses Cours

(83) Trib. Civ. Limoges, 15 novembre 1926, *G. P.*, 1927-1-15.

(84) Montpellier, 3 déc. 1924, *Annales Dr. Com.*, 1928, p. 82 et *D. H.*, 25, 189. — Lyon, 13 juin 1925, *Revue Dr. bancaire*, 1926, p. 110; *D. P.*, 1926-2-145. — Rouen, 26 novembre 1926, *Semaine Juridique*, 1926, 27, p. 17. — Pau, 15 mars 1927, *D. P.*, 1928-1-68 — Toulouse, 27 juin 1929, *D. H.*, 469.

(85) *Annales Droit Commercial*, 1927, p. 285 et s.

(86) Cf. *supra*, p. 74.

d'Appel prirent une attitude opposée à celle des arrêts précités (87).

Intervenant dans le différend qui divisait les Cours d'Appel, la Cour de Cassation se prononça en 1930 dans trois arrêts successifs, en faveur de la thèse qui considérerait la dette du remettant comme conditionnelle (88).

Il semble qu'à la faveur de cette division des Cours d'Appel, il s'en est fallu de peu que ne triomphe en jurisprudence notre propre analyse de la contrepassation. Dans son arrêt du 19 mars 1930, la Chambre Civile s'exprima ainsi : « Attendu, que si... le
« montant des traites... n'est inscrit... que sauf encaissement, cette règle, sous-entendue entre les parties,
« ne saurait avoir pour effet de transformer en une
« dette à terme, *une dette sous condition suspensive* ;
« que tel est bien, en effet, le caractère de la dette de
« l'endosseur. »

Deux années auparavant, M. CHÉRON (89) critiquant la thèse de M. TRASBOT (90) s'était exprimé en ces termes : « Dans les habitudes du commerce, le
« règlement en effets est tellement usuel, que le banquier se considère provisoirement comme rem-
« boursé et le client comme libéré, le tout sauf encais-

(87) Paris, 2 déc. 1927, *Gaz. des Tribunaux*, 13 et 14 janv. 1928. Dans le même sens : Grenoble, 5 juin 1927, *S.*, 1927-2-127. Lille, 10 juin 1927, *G. P.*, 1927-2-494. Rouen, 22 fév. 1928, *Annales Dr. Com.*, 1928, p. 268.

(88) Civ., 19 mars 1930, *G. P.*, 1930-1-642 ; Civ., 31 mars 1930, *G. P.*, 1930-1-899 ; Civ., 1^{er} juillet 1930, *G. P.*, 1930-2-332.

(89) Note sous Req., 19 mars 1928, *D. P.*, 28-1-67.

(90) M. Trasbot a envisagé la contrepassation sous un jour inexact, parce qu'il n'a pas séparé deux contrats très différents : le contrat d'escompte et l'ouverture de crédit.

« sement. Ainsi nous disons que, suivant la commune
« intention des parties, et les usages du commerce,
« les effets portés en compte, qui ne sont pas encore
« échus au jour de la faillite, doivent être considérés
« provisoirement comme équivalant à du numéraire
« qu'aurait versé le client, et qu'en conséquence, le
« solde existant ce jour-là, doit être établi sans
« contrepasser ces effets non échus. »

Cette opinion de M. CHÉRON et les motifs de l'arrêt de la Cour Suprême auraient pu conduire celle-ci à définir la contrepassation : un simple recours de change. Cette déduction, la Cour Suprême ne l'a pas faite, vraisemblablement par crainte de ses répercussions (91).

3° Clauses de contrepassation des effets non échus.

Il est un troisième cas où se pose la question de savoir, si la contrepassation est possible avant échéance, c'est lorsque les parties l'ont expressément convenu. On rencontre de plus en plus fréquemment, dans les conventions d'escompte en compte courant, des clauses qui donnent le droit au récepteur de contrepasser les effets non échus, en cas de faillite du remettant.

Ces clauses sont presque toujours étroitement liées à d'autres dispositions, dont le sens et l'intérêt apparaîtront mieux après la lecture du troisième chapitre

(91) Indiquons que la Cour de Cassation belge qui, dans un arrêt du 27 octobre 1887, avait admis la contrepassation des effets non échus au jour de la faillite du remettant, ne s'est pas départie depuis lors, de son point de vue, qu'elle justifie par la déchéance du terme encourue par le failli (art. 450 C. Com. belge) cf. Piret, n° 234 et s.

de cet ouvrage. Pour cette raison, nous préférons en reporter l'étude à un quatrième chapitre.

Il nous reste à indiquer que la contrepassation d'un effet impayé, lorsqu'elle a été opérée par le récepteur, prend un caractère définitif, à partir du moment où elle a été portée à la connaissance du remettant (par avis séparé, relevé de compte, production au passif, etc.) (92). Il y a là une simple application du Droit commun des contrats.

D) QUELLES SOMMES LE RÉCEPTEUR PEUT-IL
CONTREPASSER ?

Diverses hypothèses sont à envisager :

a) Avant de contrepasser, le récepteur a exercé des poursuites contre les coobligés du remettant et encaissé des acomptes.

Cette éventualité se présente rarement ; le récepteur se contente généralement de présenter l'effet en paiement à l'échéance, aux divers coobligés du remettant, et, à défaut d'un paiement immédiat et intégral de l'effet, il en contrepassse le montant (93).

Il est cependant possible au récepteur de procéder autrement et, dans ce cas, s'il reçoit des acomptes, il ne pourra contrepasser que la partie de l'effet restée impayée.

Parmi les auteurs, seul M. DIETZ (94) a refusé ce

(92) Rennes, 23-12-61, *S.*, 62-2-399.

(93) Cette façon de procéder présente notamment un gros intérêt en cas de faillite du remettant. Voir à ce sujet Chapitre III, p. 127 et s.

(94) « Des comptes courants », p. 183 et s.

droit au récepteur, en déclarant que celui-ci devait choisir dès l'échéance de l'effet, entre la contrepassation ou une action cambiaire. M. DIETZ consent pourtant à déroger à son principe, lorsque le récepteur rembourse préalablement au remettant les sommes qu'il a reçues des autres signataires. Cette théorie, mal justifiée, est restée isolée.

La contrepassation partielle est en harmonie avec les théories qui font dépendre la contrepassation d'un défaut de cause, ou de l'avènement d'une condition résolutoire conventionnelle ; il est normal d'annuler l'article de crédit inscrit par le récepteur lors de la remise, dans la mesure seulement où le défaut de cause existe, ou bien dans la mesure où la condition résolutoire a joué. Au contraire, ce procédé est plus difficile à admettre, si l'on considère la contrepassation comme une application de l'article 1184 du Code Civil, car ce texte ne prévoit pas évidemment la résolution partielle des contrats.

Si l'on considère la contrepassation comme l'exercice d'un recours cambiaire, il existe deux cas dans lesquels le récepteur peut opérer une contrepassation totale, après versements d'acomptes par les signataires antérieurs au remettant. Ces exceptions se réalisent : 1° lorsque le remettant étant en faillite, ses coobligés le sont également, car il y a lieu alors d'appliquer l'article 542 C. Com. ainsi conçu : « Le
« créancier porteur d'engagements souscrits, endossés,
« ou garantis solidairement par la failli et d'autres
« coobligés qui sont en faillite, participera aux distri-
« butions dans toutes les masses, et y figurera pour la

« valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement » (95).

2° Lorsque le remettant étant en faillite, un ou plusieurs de ses coobligés restés « *in bonis* » ont effectué le versement d'acomptes.

Ainsi le veut l'article 544 du Code de Commerce interprété « *a contrario* », et ainsi rédigé : « Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés, a reçu, avant la faillite, un acompte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous déduction de cet acompte, et conservera pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution... » (96).

b) *Le récepteur a poursuivi le remettant en paiement de l'effet, et reçu un acompte.*

Nous avons dit plus haut (97) que des poursuites séparées contre le remettant, en vertu d'un effet escompté en compte courant, ne nous paraissaient pas conciliables avec le contrat même de compte courant, de sorte que le remettant pourrait toujours opposer une fin de non recevoir à ces poursuites, à moins d'une clause spéciale et expresse du contrat.

Ceci dit, il est toujours possible au remettant de ne pas opposer cette exception, et de verser un acompte à valoir sur l'effet qui lui est présenté. En pareil cas, le récepteur peut-il contrepasser la partie de l'effet restée impayée ?

(95) Pour le cas où l'effet, après contrepassation, se trouverait compensé en compte, voir Chapitre III.

(96) Cf. *supra*, note 95.

(97) Cf. *supra*, p. 128.

Lorsque le remettant est « in bonis », il n'est pas douteux qu'il faille répondre par l'affirmative, car le remettant reste tenu au paiement de la partie de l'effet qu'il n'a pas réglée. Personne d'ailleurs ne le conteste.

Mais lorsque le remettant est en faillite, deux théories se font jour : La théorie dominante (98), considère que la contrepassation reste possible au récepteur, pour la différence entre le montant de l'effet et le dividende reçu dans la faillite du remettant. A cet égard, MM. LYON-CAEN et RENAULT s'expriment ainsi (99) « ... Le récepteur doit *toujours* pouvoir
« contrepasser pour la différence entre le montant de
« l'effet et ce qu'il a reçu en exerçant les droits résultant de la transmission de l'effet. Il n'y a eu alors
« qu'un encaissement partiel, et pour l'excédent, le
« crédit donné au remettant est sans cause, selon le
« système adopté précédemment, ou il y a lieu à résolution selon le système admis par la jurisprudence
« et par presque tous les auteurs.... En contrepassant
« partiellement le récepteur proportionne le crédit à
« la valeur réelle qui lui a été remise ».

En sens contraire, MM. FEITU (100) et BRUN (101) estiment que le récepteur ne peut se prévaloir à la fois de sa qualité de porteur et de récepteur, car on aboutirait à un double paiement du remettant, puisque l'admission au passif équivaut à un paiement.

(98) Journal, p. 69 ; Marty, *Ann. Dr. Com.*, 1931, p. 112.

(99) IV, n° 819.

(100) P. 198 et s.

(101) P. 49 et s.

Cette solution nous paraît seule raisonnable et seule en harmonie avec la théorie des compensations successives, et celle qui fait de la contrepassation un recours cambiaire. On ne peut concevoir en effet que deux recours soient exercés contre la même faillite, en vertu du même titre.

c) Contrepassation des frais.

Les frais qu'entraîne, pour le récepteur, le défaut de paiement d'un effet à l'échéance par les coobligés du remettant, sont d'abord les frais minimes de la présentation (poste et déplacement d'un mandataire), et en l'absence de convention spéciale, ceux plus importants découlant de l'application des articles 148 et 149 du Code de Commerce (protêt, avis au précédent endosseur et au tireur).

Presque toujours d'ailleurs, les banquiers prennent soin de se faire dispenser de protêt par leur client. Cette dispense n'est évidemment opposable qu'à l'endosseur qui l'a consentie, et aux endosseurs postérieurs, mais comme généralement le remettant est tireur des traites qu'il escompte, le récepteur a rarement à faire dresser un protêt. Remarquons que la clause ne dispense pas le porteur de faire présenter l'effet dans les délais légaux, ni d'avertir le remettant du défaut de paiement, mais elle oblige le remettant à prouver le défaut d'observation des délais par le récepteur (102).

Quant à l'exercice, avant contrepassation, d'une

(102) Cf. art. 150 C. Com.

procédure contre les signataires de l'effet impayé, nous avons dit dans les précédents paragraphes, que ce n'était guère dans les usages des banques.

La contrepassation des frais par le récepteur, n'offre de difficulté qu'en cas de faillite d'un des correspondants en compte, mais pour les raisons que nous venons d'indiquer, les intérêts en jeu étant, même dans ce cas, assez minimes, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur le bien ou mal fondé de cette contrepassation.

La majorité des auteurs estime que la dissolution du compte courant par la survenance de la faillite d'un des correspondants, empêche la contrepassation des frais par le récepteur, car cette contrepassation équivaldrait à l'inscription d'une créance nouvelle, même si les frais ont été exposés avant la faillite (103).

MM. BOISTEL et FEITU (104) ont été à peu près seuls à soutenir le droit du récepteur de contrepasser, après sa faillite ou celle du remettant, les frais de protêt et de retour de l'effet ; ces auteurs argumentent de ce que le récepteur se serait engagé, lors de la remise, à supporter toutes les conséquences du défaut de paiement, et de ce que l'accessoire d'une créance doit suivre le sort du principal.

A notre avis, MM. BOISTEL et FEITU s'expriment d'une façon contradictoire, puisqu'ils admettent par ailleurs que le compte courant est dissous par la faillite d'un des correspondants. Le fait de considérer la

(103) Lyon-Caen et Renault, IV, n° 813, Lacour et Bouteyron, II, 1484; Journel, p. 65; Marty, *Ann. Dr. Com.*, 1931, p. 99.

(104) Boistel, « Précis », n° 883 A; Feitu, p. 195.

contrepassation comme un recours de change, ne saurait pas davantage justifier l'inscription de frais, dans un compte courant dissous (105).

Au contraire, si l'on se range à l'opinion que nous avons émise, que la faillite n'entraîne pas la dissolution du compte, la contrepassation des frais devient tout à fait normale, dans tous les cas où la contrepassation de l'effet (considérée comme un recours de change) est admise. La survivance du compte, pour les besoins de sa liquidation, justifie l'inscription des frais au débit du remettant, après que le compte est venu à expiration, ou a été dénoncé par l'un des correspondants. (Il est bien entendu d'ailleurs qu'aucune poursuite ne peut être valablement exercée, contre le remettant en faillite).

L'article 152 § 2 Code de Commerce (applicable au billet à ordre), dit que le porteur d'une lettre de change, peut réclamer à celui contre lequel il exerce son recours « les intérêts au taux légal à partir de l'échéance ». Cette disposition légale doit, lorsque le remettant est en faillite, s'effacer devant celle de l'article 445 du Code de Commerce, qui déclare que le jugement déclaratif de faillite, arrête le cours des intérêts de toute créance chirographaire. En conséquence, si l'effet est échu avant la faillite, le récepteur pourra contrepasser seulement les intérêts dûs jusqu'au jour de la faillite (106).

(105) Nous ne sommes pas d'accord sur ce point avec M. Piret, n° 211, et M. Escarra, VI, n° 550.

(106) En vertu du même article 445, nous pensons que le solde débiteur du compte existant à la charge du remettant ne peut pas être productif d'intérêts, après la faillite de ce dernier. (Nous supposons admis que les intérêts sont calculables par la méthode des échelottes.)

E) LA CONTREPASSATION EN CAS DE RÉESCOMPTE

Jusqu'ici, nous avons supposé que le récepteur était en possession de l'effet qu'il contrepassait. Or, en sa qualité de propriétaire de l'effet escompté, le récepteur a très bien pu le négocier avant l'échéance.

Cette négociation intervient presque toujours à l'occasion d'un réescompte, lequel constitue pour un banquier l'un des moyens les plus simples et les moins onéreux pour se procurer à chaque instant les fonds qui lui sont nécessaires. Il est donc normal qu'un effet escompté passe, avant son échéance, successivement entre les mains de plusieurs banques, d'importance généralement progressive, jusqu'à aboutir souvent dans le portefeuille de la Banque de France.

Lorsque l'effet est impayé à son échéance, le porteur, qui presque toujours est en compte courant avec son précédent endosseur, peut, agissant de la façon que nous venons de décrire dans les paragraphes B, C, D, contrepasser, au débit du compte de celui-ci, tout ou partie de l'effet impayé (107).

Cet endosseur peut-il à son tour, bien que n'ayant pas l'effet en sa possession (son compte étant débiteur), en contrepasser le montant (ou toute autre somme) au compte de son propre client ?

C'est là une question très complexe qui divise les auteurs et la jurisprudence.

(107) Postérieurement à la contrepassation, le porteur est susceptible de recouvrer, par les versements des coobligés, tout ou partie de l'effet contrepassé, de sorte que sa situation, à l'égard du précédent endosseur, est sujette à des variations. L'étude de ces dernières fait intervenir des notions nouvelles, (concernant le sort des effets contrepassés et l'imputation des versements des coobligés) que nous exposerons dans le troisième chapitre.

La question se pose également lorsque le porteur de l'effet exerce une action isolée en paiement, contre son précédent endosseur, ce qui ne se produit guère que lorsqu'il y a eu réescompte par caisse.

Le problème restant le même quel que soit le nombre des réescomptes, nous nous en tiendrons au cas le plus simple, celui d'un seul réescompteur.

a) Théorie favorable à la contrepassation de l'effet négocié.

La théorie, de beaucoup la plus répandue, considère que la contrepassation est possible au récepteur, qui n'est plus en possession de l'effet. Ses partisans arguent de ce que le récepteur, qui a négocié l'effet escompté, est obligé, au cas de défaillance de ses coobligés, d'en rembourser le montant au réescompteur, de sorte qu'il se trouve dans la même situation que s'il n'avait pas réescompté.

En conséquence de cette théorie, le crédit que le récepteur avait accordé au remettant, lors de l'escompte, doit être annulé par une contrepassation, dans la mesure où le récepteur se trouve lui-même obligé à régler le porteur (108).

La survenance de la faillite du récepteur paraît mettre ce raisonnement en défaut, car le récepteur ne versera qu'un dividende à valoir sur l'effet ou sur le solde débiteur de son compte, dans lequel est inclus l'effet impayé, et ne pourra donc prétendre qu'il a remboursé ou qu'il remboursera la totalité de l'effet.

(108) En ce sens, Lyon-Caen et Renault, IV, n° 819 précité; Feitu, p. 210; Lacour et Bouteron, II, n° 1489; Journal, p. 56.

Son droit de contrepassation devrait être limité au montant du dividende qu'il a versé au porteur (109).

Pourtant l'opinion générale (au moins dans le cas où le récepteur et le réescompteur sont en compte courant) est plutôt favorable à la contrepassation intégrale, en vertu de deux idées : d'abord que les dividendes versés par la faillite du récepteur, sur le solde débiteur du compte, ne peuvent pas être considérés comme versés à dûe concurrence sur le montant de l'effet contrepassé (la contrepassation n'étant qu'une annulation de crédit) et ensuite que si le remettant subit un préjudice (dont profite le récepteur), à la suite de la contrepassation opérée à son compte, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de n'avoir pas transmis au récepteur la valeur promise, ou d'avoir transmis une valeur inférieure à celle promise.

Les mêmes raisonnements paraissent applicables lorsque, outre le récepteur, le remettant est lui-même en faillite. Pourtant, en pareil cas, M. DA a suggéré, que le récepteur ne devrait pouvoir contrepasser que la différence entre le montant de l'effet et le dividende versé par la faillite du remettant au récepteur ; M. MARTY s'est rangé à cette opinion (110). M. FERTU a émis l'opinion restée isolée que le droit de contrepassation du récepteur est limité à un pourcentage de l'effet, égal à celui qu'il a versé sur le solde débiteur de son compte.

A la possibilité, pour le récepteur, de contrepasser

(109) Journal, p. 83 et s.

(110) Da, n° 107 ; Marty, *Annales Dr. Com.*, 1931, p. 113, note 1.

l'effet réescompté, lorsque lui-même et le remettant sont en faillite, certains ont objecté les dispositions de l'article 543 du Code de Commerce savoir: « *Aucun recours, pour raison des dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les uns contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites, excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoires, auquel cas cet excédent sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants* ».

A cette objection, les auteurs dont nous avons parlé répondent que la contrepassation n'est pas assimilable à un recours et prétendent qu'étant l'annulation d'un article de crédit, elle est davantage assimilable à une exception qu'à une action.

Les auteurs qui posent en principe que l'absence de possession de l'effet par le récepteur ne l'empêche pas de contrepasser l'effet impayé, citent volontiers un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 juin 1862 (111), où il est dit : « ... Si donc les billets ne sont pas payés à leur échéance, ils doivent être rayés du crédit du failli, et le solde du compte courant réduit de leur valeur. Il doit en être ainsi, alors même que les effets auraient été négociés par celui qui les a reçus en compte courant, si à défaut de paiement à l'échéance, ce dernier se trouve obligé d'en rembourser le montant au tiers-porteur... ». A notre avis, cet arrêt n'a pas la portée qu'on lui prête ; il ne

(111) Sirey, 1862, p. 975.

dit pas : «... *puisque* à défaut de paiement à l'échéance, ce dernier... etc », mais : «... *si* à défaut de paiement... », ce qui laisse penser que la contrepassation est subordonnée au paiement des effets par le récepteur, donc à la rentrée de celui-ci en possession des effets.

Par contre un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1^{er} février 1928 (112), rendu dans une espèce où le remettant était en liquidation judiciaire, déclare avec beaucoup de précision : « Attendu que les écritures de « la Caisse commerciale de Dieppe étant régulières et « de bonne foi, il importait peu que les effets litigieux, « dont elle était devenue propriétaire par l'endossement, n'aient pas été en sa possession, au jour du « non-paiement à l'échéance, et de la contrepassation « d'écritures légitime qui avait suivi. Attendu en « effet que cette circonstance, ne pouvait faire obstacle au droit de contrepassation d'écritures que la « Caisse Commerciale de Dieppe, qui avait reçu les « effets, tenait de la clause de sauf encaissement sous « entendue dans son contrat de change... ».

Critique. — On peut faire d'abord à la théorie que nous venons d'exposer le reproche de partir de concepts inexacts, concernant la nature du compte courant (théorie classique) et celle de la contrepassation (défaut de cause ou condition résolutoire). Nous avons déjà fait antérieurement le procès de ces concepts.

On peut également lui reprocher d'aboutir, dans

beaucoup de cas, à faire payer au remettant « in bonis », plus d'une fois le montant de l'effet escompté. Une première fois, le remettant en effectue le paiement au récepteur, soit par compensation en compte courant, soit dans le règlement du solde débiteur de son compte, et une seconde fois au porteur.

Expliquer cette situation, en disant que le remettant doit supporter les conséquences du fait qu'il n'a pas transmis au récepteur la valeur qu'il avait promise, nous paraît un argument bien fragile, étant donné la nature du contrat d'escompte, qui engage seulement le remettant à déléguer au récepteur, avec l'accord de celui-ci, une créance. Sanctionner le défaut de paiement de l'effet à l'échéance, par le versement final d'une somme supérieure à son montant, c'est-à-dire par le paiement de véritables dommages et intérêts, paraît un peu hardi.

Les partisans de la théorie que nous critiquons répondent, il est vrai, que le défaut de contrepassation léserait le récepteur, ce qu'ils considèrent comme inadmissible. Il nous paraîtrait pourtant assez logique, que le récepteur supporte les conséquences d'un réescompte qu'il a opéré de son seul chef.

La théorie que nous critiquons est particulièrement choquante lorsque le remettant est en faillite, car alors la même créance figure plus d'une fois au passif, ce qui est contraire au principe d'ordre public de l'égalité des créanciers.

Pour mesurer combien sont inacceptables les résultats auxquels aboutit la théorie exposée, il suffit de se reporter à l'arrêt précité de la Chambre des

requêtes du 1^{er} février 1928. Dans cette espèce, le solde éventuel du compte courant du remettant était garanti par des sûretés hypothécaires.

La contrepassation permet au récepteur d'encaisser intégralement sa créance, majorée des effets réescomptés, dont les porteurs furent contraints de produire chirographairement le montant au passif de la faillite du remettant. Cette solution rigoureuse a d'ailleurs choqué même les partisans de la contrepassation (114).

b) Théories défavorables à la contrepassation des effets négociés

Certains des auteurs qui assimilent la contrepassation à un recours de change, refusent au récepteur le droit de contrepasser, dans tous les cas où il n'est pas en possession de l'effet (115). D'autres le lui interdisent seulement au cas où lui-même et le remettant sont en faillite, en vertu des dispositions de l'article 543 du Code de Commerce (116).

Les décisions de jurisprudence qui ont refusé la contrepassation au récepteur en cas de réescompte sont rares. On peut citer un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 mars 1848 (117), qui s'appuie sur les termes de l'article 543 du Code de Commerce, dans une espèce où le récepteur et le remettant étaient tous les deux en faillite. Dans un cas analogue, un arrêt de la

(114) Cf. Piret, n° 217, et Chéron (en note sous l'arrêt).

(115) Brun, p. 69.

(116) Boistel, p. 628, Hamel, n° 414.

(117) *D. P.*, 48-1-179.

Cour de Bordeaux du 28 juillet 1890 (118) a fait application du même texte, mais a affirmé au surplus que le droit de contrepassation « n'appartient qu'au récepteur de l'effet de commerce, qui l'a remboursé au tiers porteur au lieu et place du remettant ».

Plus près de nous, dans deux espèces où le récepteur était seul en faillite et où le compte du remettant, même après contrepassation, était créancier, deux jugements du Tribunal de Commerce de la Seine, en date du 23 janvier 1934, ont refusé le droit au récepteur de contrepasser. L'un de ces jugements (Regnard, syndic Sté Etablissements Desouches-David c/ Comptoir Lyon-Allemand) a déclaré que « pour pouvoir « contrepasser, il est nécessaire que le récepteur « possède l'effet », et a ajouté qu'il était en outre nécessaire : « que le compte du remettant soit débi-
« teur ».

L'autre jugement (Sté Forges et Aciéries de Meudon c/ Comptoir Lyon-Allemand) a décidé que :
«par son débit au compte créancier des Forges
« et Aciéries de Meudon (remettant), le comptoir
« Lyon-Allemand se trouvait effectivement rembour-
« sé ;qu'il devait donc restituer les effets au
« remettant..... que s'il les laisse en circulation, il
« expose le remettant à un double paiement. »

Il est certain que faute d'avoir pris parti nettement sur la nature du compte courant et celle de la contrepassation, les rédacteurs des diverses décisions de jurisprudence que nous venons de citer, les ont mal

(118) *Journal des Faillites*, 1891-215.

motivées. Dans son arrêt du 15 mars 1848, la Chambre des Requêtes n'a pas pris garde que l'application de l'article 543 du Code de Commerce ne cadre pas avec la théorie classique du compte courant, et que dès lors il était insuffisant, pour justifier sa décision, de rétablir (surtout en termes imprécis) la véritable nature de la contrepassation. On peut faire à l'arrêt de la Cour de Bordeaux, le reproche de n'avoir pas même fait allusion à la nature de la contrepassation, et par suite d'avoir affirmé, sans le démontrer, que la contrepassation par le récepteur était subordonnée au paiement de l'effet au porteur.

Quant aux deux jugements du Tribunal de Commerce de la Seine, l'un prétend, d'une façon absolument gratuite, que le compte du remettant doit être débiteur pour que le récepteur puisse contrepasser. L'autre a plus de mérite, car après s'être rangé implicitement à la théorie des compensations successives, il insiste sur le fait que le remettant sera exposé à un double paiement.

*
**

Dans le débat que nous venons d'exposer, nous pouvons prendre très nettement et très facilement position : *la contrepassation étant l'exercice d'un recours de change, est par là même possible au seul porteur de l'effet* (et encore à condition qu'il en soit propriétaire). Cette restriction est dictée par les termes de l'article 147 du Code de Commerce interprété *a contrario* : « Le porteur peut exercer ses recours « contre les endosseurs, le tireur et les autres coobli-

« gés, etc... ». Personne d'ailleurs ne conteste cette interprétation de l'article 147.

Le principe que nous avons émis reste vrai si l'un quelconque ou plusieurs des signataires de l'effet est en faillite.

Incidemment, nous pouvons faire remarquer que dans la théorie des compensations successives, la contrepassation de l'effet opérée par le récepteur en faillite, au compte du remettant en faillite, ne pourrait être considérée comme un recours prohibé par l'article 543 du Code de Commerce, que dans la mesure où l'effet aurait été antérieurement compensé, partiellement ou totalement (après contrepassation), dans le compte existant entre le récepteur et le réescompteur.

F) OBLIGATION POUR LE RÉCEPTEUR QUI EXERCE
CONTRE LE REMETTANT UNE ACTION EN PAIEMENT
DU SOLDE DÉBITEUR DE SON COMPTE COURANT,
DE JUSTIFIER DE LA POSSESSION DES EFFETS CONTREPASSÉS

Cette obligation est la conséquence naturelle du principe que, pour contrepasser, le récepteur doit avoir l'effet en sa possession. Elle disparaît évidemment pour les effets qui, postérieurement à la contrepassation, ont fait l'objet d'une nouvelle inscription (en une seule fois ou par acomptes) au crédit du compte.

Lorsque les correspondants sont « in bonis », il est rare que le récepteur se refuse à justifier, à la demande du remettant, de la possession des effets contrepassés. Cela tient simplement à ce qu'en pareil

cas, il est rare que le récepteur ait contrepasé sans avoir les effets en sa possession, obligé qu'il a été d'en effectuer le paiement au porteur.

Au contraire, lorsque le récepteur ou bien les deux correspondants sont en faillite, des discussions s'élèvent fréquemment sur le bien ou mal fondé de la demande faite par le remettant au récepteur, de joindre à l'appui du relevé de compte, les effets contrepasés.

La jurisprudence et les auteurs sont divisés sur la solution à donner à ces litiges.

La théorie dominante nie que le récepteur soit obligé de produire, en même temps que le relevé du compte du remettant, les effets contrepasés (art. 491 C. Com.) et que les syndics doivent mentionner sur les effets la somme payée par eux ou ordonnancée (art. 569 C. Com.) (119).

A cet égard, M. l'Avocat Général SENS-OLIVE s'est exprimé en ces termes (120) : « Le titre que peut
« invoquer le banquier, ce n'est pas les effets dont il
« est porteur ; le titre, c'est uniquement le solde du
« compte courant. Les effets se sont fondus dans le
« compte courant, ils ont perdu leur individualité et
« fait place à de simples articles de débit ou de
« crédit. Ce qui, par la novation, est devenu le titre

(119) Antérieurement au décret-loi du 8-8-35 qui a supprimé l'article 497 du C. Com., les syndics devaient en outre signer sur chacun des titres de créance la mention « admis au passif de la faillite de... pour la somme de... ». Nous croyons d'ailleurs savoir que de nombreux syndics continuent encore à porter cette mention d'admission.

(120) Rapportés en note sous Cass., 19-3-28. *Semaine juridique*, 1928-583. Dans le même sens, *Piret*, n° 218.

« du banquier, c'est le solde du compte courant. Il
« n'a pas à produire d'autre titre. »

Cette théorie a été appliquée notamment par des arrêts des Cours de Paris et de Rouen, ainsi que par la Cour de Grenoble, dans un cas spécial où les effets avaient été détruits par un incendie (121).

Moins catégorique est M. JOURNAL (122), d'après lequel : « il suffit d'exiger du récepteur la preuve du
« non-paiement, de la manière usitée dans les litiges
« commerciaux ». Telle est également la thèse de M. MARAIS (123) qui déclare : «le syndic du remet-
« tant a toujours le droit de demander au récepteur
« la justification de l'état de paiement ou de non-paiement des billets contrepassés ». La manière de voir de ces deux auteurs était déjà celle d'un arrêt de la Cour de Dijon (124) déclarant : «que le Crédit
« Lyonnais avait à justifier de sa demande, c'est-à-
« dire à prouver que les effets..... étaient effective-
« ment impayés, que la preuve la plus simple consistait évidemment à représenter ces effets. » Dans le même sens, un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 28 avril 1897 (125) décidait « que la
« Société Générale devra justifier des contrepasse-
« ments....., produire les protêts des effets non payés...,
« leur dénonciation ou la dispense de dénonciation. »

Enfin d'autres décisions de jurisprudence admet-

(121) Grenoble, 13-8-1909. *J. Ftes*, 1910, p. 109. Rouen, 25-6-30, *J. Ftes*, 1930, p. 209. Paris, 20-11-31, *G. P.*, 1932-1-876.

(122) P. 105.

(123) P. 42.

(124) 14-1-1895. *S.*, 96-2-202.

(125) *J. Ftes*, 1897, p. 313.

tent la production des effets contrepassés à titre « accessoire ». Ainsi un arrêt de la Cour de Douai du 29 juin 1933 (126) déclare « que les effets ne peuvent « être produits qu'accessoirement, et uniquement « pour justifier des articles du compte si besoin est ». Un arrêt de la Cour de Poitiers a statué, le 19 février 1934 (127), dans le même sens.

Personnellement, nous pensons qu'il n'est pas pratiquement possible d'exiger du récepteur, comme une condition « sine qua non » d'admission au passif, la production de tous les effets contrepassés, depuis le dernier relevé de compte sur lequel le remettant a donné son accord. Le récepteur est susceptible d'avoir adressé les effets en recouvrement à des mandataires éloignés.

Il apparaît plus normal d'affirmer que le récepteur devra, en principe, présenter au remettant ou à son syndic, les effets dont on lui demandera de justifier la contrepassation, et qu'à défaut il devra prouver, par tous les moyens admis en matière commerciale, que ces effets ont été impayés à leurs échéances et qu'il en est porteur.

(126) *G. P.*, 1933-2-775.

(127) *J. Ftes*, 1935, p. 39.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DE LA CONTREPASSATION

Sort des effets contrepassés. - Imputation des versements faits au récepteur par les coobligés du remettant

De nombreuses théories ont été émises sur les conséquences qui découlent de la contrepassation, quant aux droits du récepteur sur les effets contrepassés. Ces théories sont très diverses et leurs répercussions sont importantes.

La Cour de Cassation a, de longue date, adopté sur cette question, une ligne de conduite dont elle ne s'est jamais départie. Mais sa position n'est pas à l'abri des critiques, et les conséquences de la contrepassation continuent à faire l'objet de vives discussions entre les auteurs, les tribunaux de commerce, et même entre les cours d'appel.

Nous allons examiner et critiquer successivement les explications en présence, et indiquer en fin de chapitre, notre position personnelle dans le débat.

Première Explication

LA CONTREPASSATION ANNULE PUREMENT ET SIMPLEMENT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DU RÉCEPTEUR

Cette théorie est défendue par MM. LYON-CAEN et RENAULT (1), qui s'expriment ainsi : « En invoquant « la condition sauf encaissement, le récepteur *annule*

(1) IV, n° 820.

« ou résout la remise qui lui a été faite et qui, par
« suite, est considérée comme non avenue, et les cho-
« ses doivent être placées dans le même état que si la
« remise n'avait pas eu lieu. Le récepteur *doit* donc
« restituer le titre non payé à l'échéance, et ne doit
« pas conserver à sa charge les frais se rattachant au
« défaut de paiement de l'effet. Il serait contradic-
« toire qu'il se prévalût des droits résultant de la
« transmission de l'effet, puisque par la contrepassa-
« tion d'écritures, il a (qu'il y ait nullité ou résolu-
« tion) anéanti cette transmission. L'entrée dans le
« compte courant et la transmission de la propriété
« de l'effet de commerce qu'elle a pour objet, se
« confondent et se produisent simultanément. »

Rappelons que pour MM. LYON-CAEN et RENAULT, la contrepassation est justifiée par un défaut de cause de l'engagement du récepteur (2).

Bien que faisant résulter la contrepassation de l'existence d'une condition résolutoire conventionnelle, MM. LACOUR et BOUTERON (3) considèrent également que par suite de la contrepassation, l'endossement doit être réputé non avenue et que l'effet doit être restitué au remettant.

Ces divers auteurs raisonnent logiquement, en émettant l'opinion que l'annulation (conséquence du défaut de cause), ou la résolution (conséquence de l'avènement d'une condition résolutoire), qui frappent le contrat d'escompte, ont pour effet de résoudre le droit de propriété que le récepteur avait acquis sur

(2) Cf. *supra*, p. 108.

(3) II, 1488 cf. *supra*, p. 104.

les effets. Nous sommes moins sûr que le récepteur, lorsqu'il n'a pas été remboursé de ses avances, soit obligé de restituer les effets.

Il est inutile de faire remarquer combien l'application de la théorie de la résolution pure et simple du droit de propriété, serait préjudiciable au récepteur en cas de faillite du remettant, dans le cas où le compte de celui-ci est débiteur (ce qui se présente généralement). C'est sans doute la raison pour laquelle elle est depuis très longtemps repoussée par la jurisprudence, qui n'en a d'ailleurs fait que très rarement l'application (4).

En ce qui nous concerne, nous la réfutons pour la simple raison que nous faisons résulter la contrepassation, non pas d'un défaut de cause, ou d'une condition résolutoire, mais d'un recours de change.

Deuxième Explication

LA CONTREPASSATION N'EXERCE AUCUNE INFLUENCE SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DU RÉCEPTEUR

Cette théorie est celle de la Cour de Cassation, qui l'a adoptée pour la première fois dans un arrêt du

(4) On ne peut guère citer que trois décisions de justice en sa faveur : l'une de la cour de cassation du 15 Mars 1848 (S. 48-1-257) qui manque de motifs ; l'autre de la cour de Bordeaux du 17 juin 1857 (*Journal arr. Bordeaux*) qui déclare : «...le banquier... ne conserve les effets contrepassés, qu'à titre de dépôt, ou tout au plus de garantie, sans qu'il puisse jamais refuser de les restituer, ni prétendre les conserver pour en poursuivre le paiement contre les souscripteurs et endosseurs ». Ce motif apparaît assez contradictoire. Plus récemment un arrêt de la cour de Riom du 23-2-1909 (*D. P.* 1911-2-357) a décidé que la contrepassation a pour effet de produire une novation qui libère les coobligés du remettant, mais il n'a pas précisé si le récepteur devait restituer les effets.

27 novembre 1827 (5), en décidant que le contrepassement « est une opération intérieure, relative seulement à l'état du compte courant, de laquelle on ne « ne peut induire qu'il (le récepteur) ait renoncé à la « propriété des effets, lorsqu'il ne les a pas retournés » au remettant. Après avoir opéré un revirement dans un arrêt rendu en 1848 (6), la Cour revient à sa jurisprudence première par un arrêt souvent cité du 19 novembre 1888 (7), dans lequel elle conclut au maintien du droit de propriété en ces termes :

«Attendu que l'endossement d'un effet de commerce en transfère la propriété au porteur et lui « donne le droit d'en poursuivre le paiement contre « tous ceux qui l'ont signé ; que d'autre part, en « matière de compte courant, il est de règle, s'il n'y a « stipulation contraire, que les effets de commerce, « endossés par l'un des contractants à l'autre, ne sont « portés au crédit de l'endosseur que sauf encaissement..... Attendu que cette clause, introduite dans « l'intérêt exclusif de celui qui reçoit les effets en « garantie de ses avances, doit être appliquée sans « enlever au créditeur la propriété des effets dont il a « été investi par l'endossement..... »

Les conséquences de cette théorie sont à envisager quant aux droits dont dispose le récepteur, en vertu de l'effet contrepassé, contre le remettant et contre les autres signataires des effets. Rappelons que la Cour

(5) *Recueil Sirey* à sa date.

(6) Cf. *supra*, p. 159, note 4.

(7) *D. P.*, 1889-1-409.

de Cassation considère la contrepassation comme résultant de l'avènement d'une condition résolutoire conventionnelle, et se rallie à la théorie classique du compte courant, comportant la novation des créances, et l'indivisibilité des articles du compte.

a) *En ce qui concerne la possibilité d'un recours contre le remettant, en vertu d'un effet contrepassé*, il existe entre les partisans du maintien du droit de propriété du récepteur, une controverse qui, d'ailleurs, n'est pas très vive, car il est rare qu'un récepteur prétende exercer un tel recours, de sorte que les tribunaux n'ont guère eu à se prononcer sur ce genre de litige.

En faveur de la possibilité du recours, on cite fréquemment un arrêt de la Cour de Cassation du 15 avril 1926 (8), dont un des motifs est ainsi conçu :
«cette clause (de sauf encaissement), convenue
« dans l'intérêt exclusif de celui qui reçoit les effets,
« n'en suspend pas la propriété entre ses mains,
« jusqu'à l'achèvement de leur règlement, et lui
« conserve le droit d'en poursuivre le paiement,
« contre tous ceux qui les ont signés, acceptés ou
« endossés..... »

On cite également un arrêt de la Cour de Toulouse, du 27 juin 1929 (9) qui déclare : «que ces effets
« (escomptés), bien qu'ils *deviennent définitivement*
« la propriété du banquier, ne sont pas néanmoins
« considérés par les parties comme constituant règle-

(8) *D. H.*, 267. *S.*, 1926-1-366.

(9) *D. H.*, 469.

« ment définitif, puisqu'ils ne sont acceptés que sous
« réserve d'encaissement à l'échéance..... ; que si le
« banquier propriétaire des effets *a son action contre*
« *tous les signataires, y compris le remettant*, comme
« garant solidaire, il conserve comme débiteur prin-
« cipal le dit remettant à raison des avances à lui
« faites..... »

A notre avis, ces arrêts n'ont pas la portée qu'on leur prête. Si l'on rapproche le motif précité de l'arrêt du 15 avril 1926 de son contexte, on a l'impression que la Cour n'a pas voulu dire que le remettant peut être poursuivi par le récepteur, en vertu de l'effet contrepassé. C'est d'ailleurs l'opinion du commentateur anonyme (*Recueil Sirey*) qui, interprétant l'arrêt, paraît n'avoir eu, à cet égard, aucune hésitation.

Quant à la Cour de Toulouse, elle désirait justifier la contrepassation des effets non échus en cas de faillite du remettant, et son raisonnement visait à prouver que le failli n'était pas seulement débiteur conditionnel de l'effet, mais était également débiteur à terme des avances à lui faites en compte courant.

Il n'en reste pas moins que les expressions employées par ces deux arrêts prêtent à équivoque.

Tout au contraire, un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 28 juin 1932 (10) a condamné avec netteté un remettant au paiement d'effets contrepassés, dans la limite du montant du solde débiteur de son compte, avec les motifs suivants :
« ...Attendu..... que la clause sauf encaissement, auto-

(10) G. P., 1932-2-642.

« rise le banquier à contrepasser..... la valeur... des
« impayés, sans porter atteinte au droit de propriété
« dont il est investi ; que la contrepassation a pour
« effet d'annuler l'article de crédit et de replacer les
« parties dans la même situation qu'avant..... ; que du
« reste le banquier qui escompte des effets de com-
« merce ne renonce pas à se prévaloir des avantages
« que la loi confère au tiers-porteur, à l'encontre de
« l'escompteur; qu'il est seulement tenu de limiter
« sa demande au montant du solde débiteur du
« compte..... ». En l'espèce, les effets étaient payables
à Paris, tandis que le solde du compte l'était dans une
autre place, de sorte que le tribunal, s'il n'avait admis
la possibilité d'une action contre le remettant, en
vertu des effets contrepassés, aurait dû se déclarer
incompétent.

Le jugement considère en somme que le récepteur
est créancier du remettant, pour le montant du solde
débiteur du compte, mais que pour recouvrer cette
créance, il peut à son gré actionner le remettant en
paiement, soit du solde, soit des effets contrepassés.

Les auteurs se montrent généralement opposés à
ce que le récepteur puisse agir contre le remettant, en
vertu d'un effet contrepassé. Les raisons qu'ils
donnent de leur opinion sont diverses. M. PIRET (11)
estime que cette impossibilité se déduit logiquement
du droit d'option donné au récepteur, entre la contre-
passation et l'action cambiaire. M. JOURNEL (12) pense
que le récepteur qui a contrepassé un effet, ne peut

(11) N° 213.

(12) p. 69.

plus prétendre en avoir versé le montant au remettant et que, dès lors, une action engagée contre celui-ci, en vertu de l'effet, est irrecevable.

D'autres auteurs (13) considèrent qu'une telle action serait contraire au principe de l'indivisibilité du solde. Tous ces auteurs invoquent volontiers, à l'appui de leur thèse, les nombreuses décisions qui ont déduit du maintien du droit de propriété du récepteur sur les effets contrepassés, la possibilité de poursuites contre les coobligés du remettant, et sont restées muettes sur la possibilité de poursuites contre le remettant.

Si l'on prend la même position que la Cour de Cassation sur la nature du compte courant et de la contrepassation, il est difficile de trancher le problème que nous venons d'exposer.

L'argument de M. JOURNEL nous paraît dépourvu de valeur, car dans la théorie classique du compte courant (admise par cet auteur), il est impossible de dire si le remettant a ou n'a pas reçu du récepteur la contrepartie de l'effet escompté. De même l'argument tiré de l'indivisibilité du compte n'est pas décisif, car pour ses partisans, la contrepassation n'est pas l'inscription d'une créance du récepteur, mais l'annulation d'une ancienne dette, de sorte qu'on ne voit pas comment une action peut être engagée en vertu de l'article de compte, résultant de la contrepassation. Nous dénonçons de même toute valeur sérieuse à une interprétation *a contrario* de la jurisprudence. Par contre, l'argument de M. PIRET nous paraît meilleur,

(13) Encyclopédie de Banque et de Bourse, II. p. 519.

si l'on admet l'existence d'un droit d'option du récepteur.

En faveur de l'autre thèse, il faut reconnaître que la décision du Tribunal de Commerce de la Seine est assez logique ; on peut seulement lui reprocher de ne pas avoir justifié pourquoi le récepteur ne peut poursuivre le remettant en vertu de l'effet contrepassé, qu'à concurrence du solde débiteur du compte.

Toutes ces difficultés tombent, si l'on admet comme nous l'avons fait, que la contrepassation n'est que la manifestation d'un recours cambiaire. *Accorder au récepteur la possibilité de poursuivre le remettant en vertu de l'effet contrepassé, serait lui accorder conjointement deux actions contre un même débiteur en vertu d'une même créance, ce qui n'est pas admissible.*

Nous pensons même, comme nous l'avons déjà dit, que, sauf convention contraire, le récepteur ne dispose d'aucun droit d'option entre la contrepassation et le recours cambiaire contre le remettant. Le contrat de compte courant, tant qu'il n'est pas dissous, doit avoir les mêmes conséquences à l'égard des deux correspondants ; or, aux termes de ce contrat, les correspondants se sont engagés à régler en compte courant leurs créances réciproques, nées de leurs relations d'affaires. Si l'on admet que le compte se survit, pour les besoins de sa liquidation, cette situation doit se prolonger, après la dissolution du compte, tant que le récepteur est porteur d'effets non échus ou impayés.

b) *En ce qui concerne la possibilité d'un recours après contrepassation contre les coobligés du remet-*

tant, les partisans du maintien du droit de propriété du récepteur, sont unanimes à lui accorder ce recours.

Il résulte de ce principe, combiné avec la théorie classique du compte courant, des avantages considérables pour le récepteur.

Prenons d'abord le cas où deux parties en compte sont *in bonis*. Le récepteur peut poursuivre, jusqu'à concurrence du montant de l'effet escompté, les divers coobligés du remettant, sans tenir compte des remises que ce dernier lui effectue. En effet, par suite de la novation, la lettre de change ou le billet contrepasé est devenu un article de compte, c'est-à-dire une créance nouvelle du récepteur, et d'autre part, l'indivisibilité du compte s'oppose à ce qu'aucun des articles de crédit s'impute sur cet article de débit.

Pourtant l'usage a subordonné le droit du récepteur de recouvrer les effets contrepasés sur les coobligés du remettant, à ce que le solde du compte courant soit débiteur à la charge de ce dernier ; les effets sont réputés ne constituer, entre les mains du récepteur, qu'une garantie de sa créance du solde, et tout recouvrement fait au delà de cette créance est considéré comme un enrichissement sans cause.

D'ailleurs, d'après la théorie classique du compte courant, et la position prise par la Cour de Cassation quant à la contrepasation, il n'est possible de connaître la situation créditrice ou débitrice du récepteur à l'égard du remettant, qu'après clôture du compte et échéance de tous les effets escomptés.

En conséquence de ces notions, l'usage sur lequel aucune contestation ne s'est élevée, est que le récep-

teur crédite le compte du remettant des versements faits par les coobligés, et conserve les effets impayés jusqu'à ce que, le compte étant clos et tous les effets échus, le solde débiteur existant à la charge du remettant soit réglé par celui-ci. Si le compte, à sa clôture, est créateur en faveur du remettant, le récepteur versera le solde à son correspondant, sauf à conserver une provision équivalente au montant des effets non encore échus.

Les parties peuvent évidemment convenir à tout instant de déroger à cette pratique, au mieux de leurs intérêts.

La survenance de la faillite du récepteur ne change rien à cette façon de faire. Elle n'a pour résultat que d'empêcher toute remise nouvelle, et de mettre un syndic à la place du récepteur.

Il n'en va plus de même lorsque survient la faillite du remettant.

Cette faillite n'empêche pas que les effets constituent, entre les mains du récepteur, une garantie des avances qu'il a faites au remettant (14) ; elle n'empêche pas non plus que le récepteur ne puisse s'enrichir sans cause (15), de sorte que ses droits de recouvrements sur les coobligés restent limités au montant de la créance qu'il possède sur le remettant en vertu du compte courant. La difficulté est de savoir comment il convient de déterminer le montant de la créance, pour laquelle le récepteur devra produire et être admis au passif du remettant.

(14) Cass. 19-11-1888 précité.

(15) Toulouse 27-6-29 *D. H.*, 469.

Nous savons que la jurisprudence et les auteurs considèrent que la faillite de l'un des correspondants provoque la dissolution du contrat de compte courant. mais qu'ils accordent cependant au récepteur, la possibilité de contrepasser à leurs échéances les effets qui sont impayés postérieurement à la dissolution du compte.

Les partisans de la théorie qui maintient au récepteur un droit de propriété sur les effets contrepassés, estiment que le récepteur en cas de faillite du remettant, peut et même doit, se borner à contrepasser les effets impayés, *sans imputer au crédit du compte du remettant les sommes versées par les coobligés*, autrement dit que le récepteur doit produire et être admis à la faillite du remettant, pour le montant du solde du compte arrêté au jour de la faillite et rectifié par la contrepassation des effets postérieurement impayés ; et d'autre part, poursuivre librement les coobligés du remettant dans la limite du montant de la créance pour laquelle il a été admis au passif (16).

La jurisprudence s'appuie sur le fait qu'après la clôture du compte, aucun article nouveau ne peut plus y être porté, et sur les dispositions des articles 542 et 544 du Code de Commerce.

Etant donné l'importance prise en cette matière par les interprétations données aux articles 542 et 544 du Code de Commerce, il nous paraît utile d'en donner quelques commentaires.

(16) Voir en ce sens l'arrêt cité page 167 (note 14) et Civ., 9 Mai 1892 *D. P.*, 93-1-477 ; Civ. 17 octobre 1900, *G. P.*, 1900-2-538, Civ., 16 novembre 1937, *G. P.*, 19 janvier 1938.

Ces articles sont ainsi rédigés :

ART. 542. — « Le créancier porteur d'engagements
« souscrits, endossés ou garantis solidairement par le
« failli ou d'autres coobligés qui sont en faillite, par-
« ticipera aux distributions dans toutes les masses et
« y figurera pour la valeur nominale de son titre jus-
« qu'à parfait paiement. »

ART. 544. — « Si le créancier porteur d'engage-
« ments solidaires entre le failli et d'autres coobligés
« a reçu avant la faillite un acompte sur sa créance,
« il ne sera compris dans la masse que sous la déduc-
« tion de cet acompte, et conservera pour ce qui lui
« restera dû, ses droits contre le coobligé ou la cau-
« tion... ».

Les dispositions des articles 542, 543 et 544 du Code de Commerce favorisent la circulation des effets de Commerce, et par là contribuent au développement du crédit commercial, ce qui explique qu'elles ont été transposées dans beaucoup de législations étrangères; mais de nombreuses discussions se sont élevées et subsistent entre les auteurs, quant à la justification de ces textes qui sont nettement dérogoires aux principes du Droit commun de la solidarité et du cautionnement, d'après lesquels, lorsqu'un créancier est partiellement payé par l'un de ses obligés, c'est seulement pour le solde qu'il peut exercer des poursuites contre les autres (17).

La solution de l'article 542 a été empruntée à notre

(17) Cf. Percerou et Desserteaux, II, n° 827 et s.

ancien droit, qui l'avait pratiquée depuis un arrêt du Parlement de Paris du 18 juin 1776.

Certains commentateurs des articles 542 à 544 du Code de Commerce les expliquent « par l'idée qu'en « matière de faillite, les droits de tous se trouvent im-
« muablement fixés au jour du jugement déclaratif,
« sans qu'aucun fait postérieur y puisse porter attein-
« te »; d'autres auteurs parlent d'une « rançon » infligée au coobligé défaillant. Il est inutile de s'arrêter à cette dernière explication qui paraît assez fantaisiste; quant à l'autre, elle a été réfutée avec justesse par M. PERCEROU, qui a fait remarquer qu'en droit français, aucun texte ne fixe rigoureusement, au jour de la faillite d'un débiteur, les droits de ses créanciers, et d'autre part que l'application du principe contraire, conduirait à repousser injustement l'article 542, lorsque la faillite d'un coobligé s'étant terminée après distribution d'un dividende, un second coobligé tombe, à son tour, en faillite.

M. PERCEROU pense que le texte fondamental est celui de l'article 543 qui supprime les recours entre coobligés en faillite. D'après cet auteur, l'affectation des recours au profit du créancier, « s'explique par la « volonté du législateur d'empêcher les masses des
« divers coobligés de réaliser un enrichissement sans
« cause au détriment du créancier garanti par plu-
« sieurs signatures »; cet enrichissement sans cause se produirait, si un coobligé pouvait produire à la faillite du débiteur principal, avant que le créancier commun soit complètement désintéressé.

La thèse de M. PERCEROU contient un point faible;

en effet, dans le cas où la faillite du débiteur principal est réglée la première, on ne peut pas parler de l'affectation au créancier, des recours des coobligés, puisque ces recours n'existent pas. M. PERCEROU « pense éviter cet écueil en disant « qu'il existe un « ordre normal des opérations, lequel comporte en « Droit Commercial, d'abord la liquidation des biens « des cautions, et qu'on doit toujours se référer aux « résultats qu'aurait donné cet ordre normal, même si « en fait il n'a pas été suivi ». A l'appui de son raisonnement, l'auteur cite l'article 554 du Code de Commerce, qui permet au créancier hypothécaire de se faire colloquer pour la totalité de sa créance sur le prix de vente des immeubles de son débiteur, même s'il a déjà touché un dividende dans la répartition des deniers mobiliers.

Le raisonnement de M. PERCEROU n'arrive pas à nous convaincre, malgré l'illustration que l'auteur en offre, car pour nous les articles 553 et suivants du Code de Commerce consacrent des solutions exceptionnelles qu'on ne peut généraliser.

A défaut d'une justification vraiment juridique des articles 542 à 544 du Code de Commerce, on peut en donner à notre avis une explication de fait, que les auteurs ne paraissent pas avoir aperçue :

Nous pensons, comme M. PERCEROU, que le texte fondamental est celui de l'article 543, qui supprime les recours des faillites les unes contre les autres pour raison des dividendes payés.

Précisons que ces recours, s'ils n'avaient été supprimés, existeraient dans le cas où les opérations de

la faillite de leur bénéficiaire, ayant abouti à l'état d'union, ou à un concordat par abandon d'actif, le syndic aurait effectué la répartition d'un dividende.

Si aucune voix ne s'est élevée pour prendre sérieusement la défense de la masse des créanciers, injustement privée d'un recours de droit commun, c'est qu'en fait la masse ne retirerait presque toujours aucun avantage de l'exercice d'un tel recours.

En effet, pour que l'exercice du recours permette aux créanciers du bénéficiaire de recevoir un dividende de quelque intérêt, il faudrait : 1° que la créance garantie par les coobligés, 2° que le dividende réparti par la faillite de la caution, 3° que le dividende réparti par la faillite du débiteur principal, soient de quelque importance, tant en valeur absolue, que par rapport au montant du passif chirographaire de la caution, et que ce passif soit, sinon composé, du moins comprenne d'assez grosses créances.

Or ces conditions ne se réalisent presque jamais ensemble.

Prenons un exemple pratique :

Si l'on consulte les statistiques dressées par les Tribunaux de Commerce, on constate que lorsqu'un dividende est réparti après union, il n'est que très exceptionnellement supérieur à 30 % ; quant aux concordats par abandon d'actif, ils sont très rares (18).

(18) Si l'on consulte les statistiques dressées par le Tribunal de Commerce de la Seine au cours des cinq années écoulées, on constate que dans une proportion de 6,47 % seulement du nombre des faillites déclarées, le dividende réparti aux créanciers après union, a été supérieur à 30 % du montant de leurs créances.

Quant aux concordats par abandon d'actif, ils n'ont été obtenus que par 1,24 % des personnes physiques ou morales déclarées en état de faillite, pendant la même période.

Supposons que les dividendes répartis par la faillite de la caution et celle du débiteur principal soit chacun de 20 %, et admettons que la créance, au paiement de laquelle ces deux débiteurs sont obligés, soit de 50.000 francs. Admettons enfin que le passif chirographaire de la caution soit de 400.000 francs répartis entre 8 créanciers de 50.000 francs chacun.

Dans ce cas exceptionnellement favorable aux créanciers de la caution, ceux-ci auraient à recevoir chacun, à la suite de l'exercice du recours (en faisant abstraction des frais) :

$$(1/8) \times (20/100) \times (20/100) \times (50.000) = 250 \text{ francs}$$

Il résulte de cet exemple que pratiquement, si le syndic de la caution exerçait un recours contre le débiteur principal, les sommes qu'il aurait à répartir à la plupart des créanciers seraient tellement minimes que ceux-ci négligeraient même de se déranger pour les quêrir, et qu'elles profiteraient finalement au trésor public.

N'est-il pas préférable dès lors de décider, comme le font les articles 542 à 544, que les recours de la caution contre le débiteur principal, seront exercés par le créancier, qui lui au moins en tirera un avantage certain ?

Cette explication des articles 542 à 544 du Code de Commerce conduit à décider que lorsqu'un acompte est versé pendant la faillite d'un coobligé par un autre coobligé *in bonis*, le créancier doit déduire cet acompte de sa production au passif du coobligé en faillite, car des recours peuvent être utilement exer-

cés, suivant le cas, par ou contre le coobligé resté *in bonis*.

Cette solution conforme à une interprétation *a contrario* de l'article 542, est généralement rejetée par la jurisprudence qui préfère interpréter *a contrario* l'article 544 plus favorable au créancier. Elle est également rejetée par M. PERCEROU, en vertu de sa théorie absolue de l'affectation des recours.

Ceci étant dit, revenons à la question de l'imputation par le récepteur des versements effectués par les coobligés du remettant.

Le raisonnement par lequel en partant des articles 542 et 544, la jurisprudence et les auteurs en arrivent à décider que le récepteur ne doit pas imputer ces versements au crédit du compte du remettant failli, est le suivant : *Les coobligés sont tenus chacun, à concurrence du montant de l'effet dont il est signataire, au paiement du solde débiteur du compte courant*. En conséquence, le versement (même de la totalité de l'effet), effectué par un coobligé en faillite, tombe sous le coup de l'article 542, et le versement opéré par un coobligé *in bonis* ne doit pas être imputé davantage, en vertu de l'article 544 interprété *a contrario*.

Critique. — Les raisonnements que nous avons exposés relativement à l'affectation par le récepteur des versements qui lui sont effectués par les coobligés du remettant, appellent plusieurs critiques :

1° Si le récepteur possède, comme le disent de nombreux arrêts, deux créances distinctes, l'une con-

tre le remettant en vertu du solde de compte, l'autre contre les coobligés en vertu des effets (19), on ne peut pas parler d'enrichissement sans cause, lorsqu'il parvient à recouvrer une somme supérieure à sa créance du solde, et il n'y a pas de bonne raison de lui faire restituer le surplus au remettant.

2° Si le récepteur, comme le disent d'autres arrêts, détient et recouvre les effets à titre de garantie (20) de sa créance du solde, on peut parler d'enrichissement sans cause, s'il obtient plus que le paiement du solde. Mais ne faut-il pas appliquer alors l'article 548 du Code de Commerce, relatif aux créanciers gagistes du failli, article qui prévoit que si le prix de vente du gage « est moindre que la créance, le créancier nanti vient à contribution, *pour le surplus*, dans la masse comme créancier ordinaire » ? Autrement dit, ne faut-il pas imputer ces versements au crédit du remettant ?

3° Les articles 542 et 544 sont-ils vraiment applicables au récepteur ? Sa créance sur le remettant en

(19) Pau 15 mars 1927 *D. P.*, 1928-1-69., Paris 20 novembre 1931 *G. P.*, 1932-1-876., Agen 31 octobre 1934 *G. P.*, 1934-2-1012., Poitiers., 19 février 1934 *J. Ftes.* 1935 p. 41., Douai., 29 Juin 1933.

La Cour de Douai a fait le 5 mars 1903 (*D. P.*, 1906-2-92) une intéressante application de l'idée que le récepteur a deux créances distinctes. Il s'agissait d'une femme qui avait cautionné le paiement d'une traite acceptée par son mari, et qui, en vertu du principe que la caution n'est obligée de payer qu'à défaut du débiteur principal, prétendait que le banquier devait à l'échéance de l'effet, poursuivre d'abord son client, tireur de la traite. La cour repoussa l'argument de la caution, en déclarant que le banquier était créancier de son client, non pas en vertu de la traite, mais en vertu du solde débiteur du compte, créance distincte.

(20) Paris., 14 juin 1900 *D. P.*, 1901-1-169. Bordeaux., 24 Novembre 1925 *J. Ftes.* 1926 p. 264. Caen., 28 janvier 1899. *D. P.*, 1901-2-289.

vertu du solde *indivisible* du compte est tout à fait indépendante de chacune de ses créances sur les coobligés, et en tous cas ceux-ci ne se sont reconnus débiteurs que des traites qu'ils ont signées, et non pas du solde éventuel d'un compte courant, dont ils pouvaient ignorer même l'existence.

Par ailleurs, l'article 542 vise le cas où les coobligés sont en faillite ; il n'est peut-être pas suffisant d'interpréter *a contrario* l'article 544, pour justifier la non-imputation des sommes versées au récepteur par des coobligés *in bonis* (21).

4° Le compte courant étant considéré comme arrêté par la faillite de l'un des correspondants, peut-on considérer que l'inscription au crédit du remettant du versement d'un coobligé, équivaut à l'introduction dans le compte d'une créance nouvelle ? Cette inscription n'est-elle pas, aussi bien que la contrepassation, la suite d'une opération antérieure ?

5° Le récepteur se trouve avoir intérêt, en cas de faillite du remettant, à ce que les effets escomptés ne soient payés que postérieurement à leur échéance car, de la sorte, il peut en contrepasser le montant, et grossir ainsi la somme pour laquelle il peut produire à la faillite.

6° La théorie de la Cour de Cassation conduit les Tribunaux à refuser au tiré, qui a payé à un tiers-porteur le montant d'un effet non provisionné,

(21) Aix., 16 décembre 1936 (Jel. Per. Faillite Compte Courant 31 Blanc).

d'exercer un recours contre la faillite du remettant (22).

Cette solution leur est dictée par le motif que l'admission de la créance ferait double emploi avec la production par le récepteur, du solde du compte du remettant, ce compte ayant été débité du même effet.

Cette jurisprudence, outre qu'elle ne paraît pas équitable, est en contradiction avec le dernier paragraphe de l'article 116 du Code de Commerce qui dit : « ... Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée, avaient provision à l'échéance : *sinon il est tenu de la garantir*, quoique *le protêt ait été fait après les délais fixés* (23).

On est bien forcé de reconnaître qu'aucune de ces critiques n'est absolument dénuée de fondement. Le système admis par la Cour de Cassation ne donne pas l'impression d'être harmonieux, et ceci explique l'existence d'une doctrine et d'une jurisprudence dissidente dont nous parlerons plus loin, qui tout en donnant au récepteur le droit de conserver les effets contrepassés, conteste qu'il puisse en faire l'usage admis par la Cour Suprême.

A notre avis, l'application aux versements des coobligés, des articles 542 et suivants du Code de Commerce, est tout à fait inadmissible si l'on se range,

(22) Montpellier 3 décembre 1924., (*Ann. Dr. Commercial* 1926 p. 82)., Caen 2 mars 1932 (*G. P.*, 32-1-874)., Dans le même sens, M. Piret n° 223. En sens contraire Com. Nantes 15-12-1930 *Rev. Dr. banc.* 1931 p. 285.

(23) Avant le décret-loi du 30 octobre 1935, la même disposition constituait le dernier paragraphe de l'art. 117 C. Com.

comme le fait la Cour de Cassation, à la théorie classique du compte courant. Les différentes créances inscrites en compte, ont subi une novation et le solde du compte résulte de la compensation de ces créances novées ; en conséquence, quel que soit le caractère que l'on donne à la contrepassation, il est certain que le solde débiteur du compte constitue, en faveur du récepteur, une créance tout à fait distincte de celles représentées par les effets.

Donc, les articles 542 et 544, qui parlent *d'engagements garantis solidairement* par le failli (remettant) et par d'autres coobligés, sont inapplicables.

Il n'en est plus de même si l'on se range à la théorie des compensations successives, et si l'on considère la contrepassation comme un recours de change.

Nous reviendrons sur cette question en fin de chapitre, après avoir étudié les autres théories relatives aux droits du récepteur sur les effets contrepassés.

Sur cette difficile question de l'imputation, nous préférons réserver notre opinion personnelle pour la fin de ce chapitre, après avoir achevé d'exposer et critiqué les diverses théories en présence.

c) A la théorie du maintien du droit de propriété du récepteur sur les effets contrepassés, se rattache le problème suivant : *le récepteur qui a touché un dividende dans la faillite du remettant, sur le solde débiteur du compte, doit-il en faire état dans les poursuites qu'il exerce ensuite contre les coobligés du remettant ?*

La Cour de Cassation a répondu négativement à cette question, en faisant état de ce que le solde du

compte est une créance tout à fait distincte de celle qui résulte, pour le récepteur, de l'endossement des effets (24).

Nous indiquerons, en son temps, notre point de vue sur cette question (25).

Troisième explication

LA CONTREPASSATION RÉSOUT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ
DU RÉCEPTEUR, MAIS LUI LAISSE UN DROIT DE RÉTENTION

Entre la thèse de MM. LYON-CAEN et RENAULT, d'après laquelle la contrepassation annule le droit de propriété du récepteur, et l'oblige à restituer l'effet à son client, et la thèse de la Cour de Cassation, qui considère que la contrepassation est sans effet sur le droit de propriété du récepteur, se placent plusieurs théories intermédiaires.

La plus proche de celle exposée par MM. LYON-CAEN et RENAULT, donne au récepteur un droit de rétention. Elle a été défendue par M. MATER en ces termes (26) : « ... la faillite met fin au contrat de
« compte courant par la clause résolutoire (1184 Civ.).
« Or il est de doctrine et de jurisprudence constante,
« que la clause résolutoire a pour conséquence un
« droit de rétention, à cause du principe que nul ne
« peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Il est reconnu
« d'autre part, que le droit de rétention est opposable
« aux créanciers chirographaires, et en matière mobi-

(24) Civ. 13 février 1906 *D. P.*, 1907-1-169.

(25) cf. *infra* p. 160.

(26) *Rev. Dr. b.*, 1926, p. 108.

« lière aux créanciers privilégiés... c'est l'exception
« *non adempti contractus*. Il faut appliquer les
« règles de la rétention... notre indication conduirait
« à reviser beaucoup des opinions soutenues sur le
« sort des effets restés entre les mains du banquier. »
Dans un autre article (27), le même auteur précise :
« ... nous proposons un système qui reste à développer
« et qui consiste à voir, dans le compte courant, le
« type des contrats, qui permet à l'une des parties de
« se refuser à l'exécution quand l'autre ne s'exécute
« pas (contrepassation), et de se couvrir par un droit
« de rétention (poursuite des coobligés). »

Mis à part le fait que M. MATER paraît confondre le contrat de compte courant et le contrat d'escompte en compte courant, la théorie qu'il défend ne peut pas être admise, même si l'on se place dans les circonstances qui lui sont les plus favorables, c'est-à-dire si l'on considère que le droit de rétention (28) est applicable dans tous les rapports obligatoires synallagmatiques, sans qu'il soit besoin de textes spéciaux.

Pour que la rétention puisse jouer, il faut, d'après les décisions de jurisprudence et les auteurs les moins exigeants, qu'il y ait une corrélation entre la chose retenue et la créance réclamée. Or, d'après la théorie classique du compte courant, il n'existe aucune corrélation entre la créance du solde et les effets contrepassés.

Mais surtout le droit de rétention n'est pas autre chose qu'un « refus légitime de restitution » ; le

(27) Rev. Dr. b., 1932, p. 286.

(28) cf. Planiol II n° 2515 et s.

rétenteur n'est pas fondé à disposer d'une façon quelconque de la chose retenue. Dans le cas qui nous intéresse, le récepteur ne pourrait, en vertu d'un droit de rétention sur les effets, poursuivre les coobligés, et pourtant l'usage lui reconnaît la possibilité d'exercer de telles poursuites.

Au surplus, un droit de rétention au profit du récepteur n'est concevable que si l'on fait découler la contrepassation de l'avènement d'une condition résolutoire. Nous avons démontré, dans le premier chapitre, l'inexactitude de cette conception de la contrepassation.

Quatrième explication

LA CONTREPASSATION RÉSOUT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DU RÉCEPTEUR ET LUI CONFÈRE UN MANDAT DE RECouvreMENT DES EFFETS CONTREPASSÉS

Cette théorie ne se confond pas avec celle (que nous avons antérieurement réfutée) (29), qui prétend que les effets remis à l'escompte sont, non pas transmis en toute propriété, mais donnés en recouvrement. Ici le mandat du récepteur commence après la contrepassation.

Cette théorie a été soutenue en jurisprudence par un arrêt de la Cour de Poitiers du 14 février 1889 (30) dont l'un des motifs est le suivant : « ... Attendu qu'en « droit le récepteur en compte courant, qui opère « contrepassation d'écritures et qui porte ce fait à la

(29) Cf. *supra*, p. 109.

(30) *D. P.*, 90-2-337, *S.*, 92-2-311.

« connaissance du cédant, cesse d'être propriétaire
« des valeurs ; qu'il ne peut plus poursuivre le paie-
« ment de celles-ci pour son propre compte ; qu'il a
« bien qualité il est vrai comme maître apparent pour
« s'adresser au débiteur, mais qu'il agit alors comme
« *simple mandataire du cédant*, non comme tiers-
« porteur proprement dit ; qu'il peut dès lors être
« repoussé par toutes les exceptions dont le cédant
« serait passible... »

Cette décision est restée isolée. Elle n'est guère compréhensible qu'eu égard aux faits de la cause, la Cour ayant statué dans une espèce où le récepteur avait, après contrepassation, restitué les effets litigieux au remettant qui, neuf mois plus tard, les lui avait rendus, mais en avait entre temps encaissé le montant par des poursuites contre un tiré. Il était normal que la Cour déboute le récepteur de sa prétention de poursuivre à nouveau le même tiré, en vertu des mêmes effets. La Cour a eu le tort de motiver son arrêt par des affirmations générales.

D'ailleurs l'unanimité s'est faite contre sa théorie. L'idée d'un mandat n'est pas compatible avec l'existence d'un endossement fait sans réserve, surtout en l'absence de toute convention expresse intervenue à cet égard, soit au moment de la remise, soit lors de la contrepassation.

Si le récepteur agissait, en vertu d'un mandat, il serait obligé, au cas de faillite du remettant, de restituer au syndic, les sommes recouvrées sur les coobligés, sauf à produire au passif de la faillite pour le montant du solde débiteur du compte du remettant.

Une telle solution serait extrêmement défavorable pour le récepteur, et c'est sans doute la raison primordiale pour laquelle personne n'a jamais soutenu la théorie de la Cour de Poitiers, ce qui, à la rigueur, aurait été possible, en supposant par exemple, l'existence d'une convention tacite, intervenue entre les parties, lors de la remise de l'effet, et analogue à celle sur laquelle la jurisprudence fonde le droit de contrepassation du récepteur.

En ce qui nous concerne, l'explication que nous avons donnée de la contrepassation, et l'interprétation de la volonté des parties, nous amènent à rejeter, sans réserve, cette théorie du mandat.

Cinquième explication

LA CONTREPASSATION RÉSOUT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ
DU RÉCEPTEUR, QUI AGIT CONTRE LES COOBLIGÉS, EN VERTU
DE L'ACTION OBLIQUE (article 1166 du Code Civil)

C'est peut-être trop de parler ici d'une théorie ; il s'agit plutôt d'une simple suggestion sur les droits du récepteur. Elle a été émise incidemment par M. CLÉMENT (31) qui ne lui a consacré aucun développement.

Cette thèse est encore moins soutenable que la précédente. On sait que l'exercice de l'action oblique suppose que le débiteur possède lui-même une action qu'il néglige et laisse dépérir ; or en l'espèce, le débiteur n'ayant pas les effets en sa possession, ne dispose absolument d'aucune action

(31) P. 152, n° 88.

D'autre part, le récepteur exerçant, par l'action oblique, les droits du remettant, ne bénéficierait d'aucun privilège exclusif sur les sommes recouvrées. Il devrait subir le concours de tous les créanciers qui interviendraient dans l'instance.

Enfin, si le remettant était déclaré en faillite et par là même se trouvait dessaisi, le récepteur ne pourrait prétendre exercer une action, qui n'appartiendrait qu'au syndic représentant la masse des créanciers.

Pour toutes ces raisons, il est impossible de s'attarder à l'hypothèse de M. Clément, si contraire à la réalité des faits.

Sixième Explication

LE RÉCEPTEUR POSSÈDE SUR LES EFFETS CONTREPASSÉS UN DROIT DE GAGE

Cette théorie a trouvé depuis longtemps des partisans et elle en a encore. En jurisprudence, on la trouve formulée pour la première fois dans un arrêt de la Cour de Paris du 11 août 1812 (32), puis par la Cour de Bourges (33), le 11 février 1829. Depuis lors, malgré l'opposition très nette de la Cour de Cassation, elle a été assez fréquemment invoquée par de nombreux Tribunaux de Commerce, et plus rarement par des Cours d'Appel (34).

En doctrine, successivement PARDESSUS, NOBLET,

(32) *D. J. G.*, Compte courant n° 144

(33) *D. J. G.*, Faillite n° 1204

(34) Angers 16 mars 1932. *G. P.*, 1932-1-875., Besançon 2 mars 1935 *D. H.*, 1935 p. 258.

CLÉMENT, THALLER et à leur suite un bon nombre d'auteurs, lui ont accordé leur préférence.

Dans sa partie négative, cette théorie fait sienne, les critiques adressées à la théorie de la Cour Suprême (35).

Elle nie l'existence de deux créances distinctes au profit du récepteur, l'une représentée par le solde débiteur du compte, l'autre par les effets contrepassés.

Elle conteste que les articles 542 et 544 du Code de Commerce soient applicables aux rapports du récepteur avec les divers signataires des effets, en faisant remarquer d'une part, que la créance représentée par le solde du compte est, en vertu de la théorie classique du compte courant, complètement différente des créances représentées par les effets contrepassés, et d'autre part que les coobligés antérieurs au remettant, ne sont nullement débiteurs solidaires du solde éventuel du compte courant existant entre le récepteur et le remettant.

Elle fait remarquer encore que la théorie de la Cour de Cassation fait bénéficier le récepteur, par rapport aux autres créanciers de la faillite du remettant, d'un réel avantage, que ne justifie aucun texte.

Dans sa partie positive, elle déclare :

Que le banquier n'acquiert sur les effets, lors de leur remise, qu'un droit de propriété affecté d'une condition résolutoire (le défaut de paiement de l'effet à l'échéance) et que, dès lors, s'il conserve et recouvre les effets après contrepassation, jusqu'à concurrence

(35) Cf. *supra*, p. 174 et s.

du montant de sa créance contre le remettant, comme l'usage lui en donne le droit, ce ne peut être que comme créancier gagiste (36), ce qui est d'ailleurs conforme au dernier alinéa de l'article 91 du Code de Commerce, qui dit : « les effets de commerce donnés « en gage sont recouvrables par le créancier gagiste ».

Que cette conservation des effets en gage peut s'induire d'une convention tacite intervenue lors de la remise (37).

De cette théorie découlent des conséquences importantes, savoir :

a) Le récepteur n'est pas fondé à poursuivre le remettant, en vertu d'un effet contrepassé, puisqu'il n'en est plus propriétaire.

b) Le récepteur peut poursuivre les coobligés du remettant, mais il doit imputer leurs versements au crédit du compte du remettant.

Ainsi le veulent les articles 546 et 548 du Code de Commerce, qui déclarent respectivement :

ART. 546 : « Les créanciers du failli qui seront « valablement nantis de gages, ne seront inscrits dans « la masse que pour mémoire. »

ART. 548 : « Dans le cas où le gage ne sera pas « retiré par les syndics, s'il est vendu par le créancier, « moyennant un prix qui excède la créance, le « surplus sera recouvré par les syndics. Si le prix (de « réalisation du gage) est moindre que la créance, le

(36) Civ. Sables d'Olonne 19 mai 1933 *G. P.*, 1933-2-779.

(37) Note Thaller sous Civ. 13 février 1906 *D. P.*, 07-1-169.

« créancier nanti viendra à contribution pour le
« surplus dans la masse, comme créancier ordi-
« naire. »

Plusieurs auteurs ont fait remarquer que l'imputation précitée était en harmonie avec l'existence de la clause résolutoire conventionnelle, par laquelle ils expliquent la contrepassation. A cet égard, THALLER (38) s'exprime ainsi : « Le problème se ramène
« à l'interprétation de la volonté des parties. Celles-ci
« ont-elles voulu que le défaut d'acquittement des va-
« leurs à première présentation, donne droit au récep-
« teur de contrepasser irrévocablement, nonobstant
« tout paiement postérieur ? Il paraît plus conforme
« aux intentions des opérateurs, de maintenir le crédit
« du compte, dans la mesure où les traites seront
« payées, même tardivement. » M. PIRET (39) déclare
« de même : « La clause sauf encaissement rend la
« reconnaissance de dette du récepteur conditionnelle
« et entraîne son annulation rétroactive, lorsque le non-
« encaissement de l'effet remis, démontre que l'effet
« est sans valeur ; mais cette annulation ne doit logi-
« quement se produire que dans la mesure où la
« condition joue. »

On peut faire remarquer tout de suite que l'application stricte de l'article 546, voudrait que le récepteur ne soit admis au passif de la faillite du remettant qu'après entière réalisation du gage, car à ce moment seulement sa créance peut être exactement connue.

(38) Note sous Caen 28 janvier 1899 *D.*, 1901-2-289.

(39) n° 233 p. 317

En l'espèce, il faudrait donc que le récepteur ait entièrement recouvré les effets contrepassés, à moins qu'il ne préfère restituer, au syndic du remettant, les effets se trouvant encore en sa possession, lors de l'admission de sa créance.

En doctrine, cette solution a paru trop sévère à certains défenseurs de la théorie du gage (40), qui ont soutenu la possibilité d'admettre au passif le récepteur, malgré qu'il ait encore en sa possession des effets non recouverts, par analogie avec la situation faite par les articles 552 à 556 du Code de Commerce, aux créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles. L'article 553 dispose : « Si une ou plusieurs
« distributions des deniers mobiliers précèdent la
« distribution du prix des immeubles, les créanciers
« privilégiés et hypothécaires vérifiés et affirmés,
« concourent aux répartitions dans la proportion de
« leurs créances totales, et sauf, le cas échéant, les
distractions dont il sera parlé ci-après. » Ces distractions consistent à faire restituer par le créancier, à la masse chirographaire, les sommes qu'il reçoit éventuellement dans la collocation, au delà de la partie de sa créance non encore éteinte.

Celles des décisions de jurisprudence qui ont appliqué la théorie du gage, ont pratiquement fait bénéficier le récepteur d'un mode de production assez comparable à celui institué par les articles 552 et suivants, puisqu'elles l'ont admis à participer aux répartitions, dans la faillite du remettant, avant complète

(40) Note Thaller sous Civ., 13 février 1906 précité. Percerou et Desserteaux, 2^e éd., II, note 2, n^o 1452.

réalisation du gage. Cette jurisprudence est même allée plus loin encore, puisqu'elle a accordé, dans de telles conditions, au récepteur, tous les droits des créanciers chirographaires du remettant, et notamment la possibilité de voter un concordat, et de toucher des dividendes concordataires, sur la base de la créance admise au passif.

c) Le récepteur est tenu des obligations de tous les gagistes et notamment « de la perte ou de la détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence » (art. 2080, § 1, C. Civ.). S'agissant d'effets de commerce, le récepteur peut être déclaré responsable du défaut de paiement, s'il a négligé d'exercer en temps utile des poursuites contre les coobligés du remettant (41).

Critique de la Théorie du Gage

1° On a objecté qu'elle n'est pas compatible avec les dispositions des articles 91 et 109 du Code de Commerce (42).

Le premier paragraphe de l'article 91 est ainsi rédigé : « Le gage constitué, soit par un commerçant, « soit par un individu non commerçant, pour un acte « de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme « à l'égard des parties contractantes, conformément « aux dispositions de l'article 109 du Code de Com-

(41) Un arrêt de la Cour de Grenoble du 13 août 1909 (*J., Ftes*, 1910, p. 109), conclut à cette obligation du récepteur de poursuivre, tout en affirmant par ailleurs, le droit de propriété du récepteur sur les effets contrepassés.

(42) *Mater. Rev. Banc.* 1926 p.

« merce. » Or l'article 109, qui relate la façon dont se constatent les achats et ventes commerciaux, ne mentionne nullement qu'ils puissent résulter d'une convention tacite, de même nature que celle invoquée pour justifier la transformation du droit de propriété du récepteur en un droit de gage.

Dans son dernier paragraphe, le même article 91 dispose que « le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie », mais dans la pratique, les effets escomptés sont endossés en blanc, de sorte que rien n'indique dans l'endossement que les effets, après contrepassation, resteront en possession du récepteur à titre de gage.

2° On peut également reprocher à la théorie du gage, d'avoir pratiquement adopté un système intermédiaire entre celui des articles 546 et 548 d'une part, et des articles 552 et suivants d'autre part.

Or il est très discutable que les articles 552 et suivants, relatifs (d'après le titre même de la section du Code de Commerce, dans laquelle ils sont placés), aux droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles, soient applicables aux créanciers gagistes.

3° Enfin il est certain que lorsque la théorie du gage admet au passif et autorise à voter le concordat, proposé par le remettant, un banquier qui détient encore des effets impayés, effets qu'elle lui laisse le loisir de recouvrer par la suite, elle méconnaît les

dispositions formelles de l'article 508 du Code de Commerce qui dit : « Les créanciers hypothécaires
« inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers
« privilégiés ou nantis d'un gage, n'auront pas voix
« dans les opérations relatives au concordat pour les
« dites créances, et elles n'y seront comptées, que
« s'ils renoncent à leurs hypothèques, gages et pri-
« vilèges. »

« Le vote au concordat emportera de plein droit
« cette renonciation. »

4° Telle qu'elle est appliquée, la théorie du gage favorise le récepteur qui, avant d'être admis à la faillite du remettant, ne reçoit pas d'acompte des coobligés.

Il faut bien reconnaître que ces critiques sont sérieuses, et si les trois dernières ne touchent qu'à l'application de la théorie du gage, la première, par contre, paraît mettre en jeu la possibilité même de sa soutenance.

Subsidiairement, nous repoussons la justification de cette théorie basée sur une interprétation de la clause résolutoire conventionnelle, puisque nous considérons la contrepassation comme un recours de change.

Septième Explication

LE RÉCEPTEUR DISPOSE, SUR LES EFFETS CONTREPASSÉS,
D'UNE GARANTIE INNOMMÉE

Frappés des contradictions auxquelles aboutit la Cour de Cassation, en appliquant la théorie du main-

lien du droit de propriété du récepteur, et d'autre part repoussant la théorie du gage, comme inconciliable avec l'article 91 du Code de Commerce, plusieurs auteurs ont récemment émis l'idée que le récepteur dispose, sur les effets contrepassés, d'une garantie d'un type nouveau, qui lui laisse un droit de propriété dont l'exercice et la durée prennent fin, lorsque les versements des coobligés ont éteint la créance que possède le récepteur sur le remettant.

Pour définir la nature de cette garantie innommée qu'ils font résulter de l'intention des parties, les auteurs procèdent par assimilation.

M. JOURNEL (43), qui paraît avoir émis le premier cette idée d'une garantie innommée, s'exprime ainsi :
« La jurisprudence cherche à donner des raisons
« théoriques de ce qui est simplement l'application
« de la volonté des parties. En vertu même de la
« convention de remise en compte courant, le récep-
« teur est propriétaire des effets, et ce transfert a
« pour but de le garantir contre l'insolvabilité de son
« correspondant. Pourquoi ne pas admettre la forma-
« tion *d'un nouveau contrat*, dans une matière aussi
« essentiellement coutumière ? Le droit romain a
« connu d'ailleurs cette garantie, donnée par un
« transfert de propriété ; c'était *le contrat de fiducie*,
« qui pouvait jouer non seulement le rôle du gage,
« mais aussi celui du dépôt et du commodat. Le
« créancier s'engageait à faire le transfert de pro-
« priété en sens inverse, lorsqu'il serait payé, mais
« jusqu'à nouvel ordre, tirait parti de la chose. »

(43) p. 113

M. PERCEROU qui, dans la première édition de son ouvrage, *Des Faillites et Banqueroutes*, s'était rallié à la théorie du gage (44), abandonne celle-ci dans la seconde édition (45), où il adopte et développe la théorie de M. JOURNEL en ces termes : « Dans l'intention des parties, les effets sont bien remis au banquier à titre de garantie. Seulement il s'agit ici, non pas d'un gage, mais d'une *garantie innommée*, qui consiste pour le récepteur à être propriétaire des effets, tant qu'il en a besoin pour se payer ; c'est la garantie la meilleure de toutes et la plus saine, elle rappelle *la fiducie romaine, la vente à réméré dans notre droit, le mort-gage de l'ancien droit anglais, et l'équitable estate du trustee dans le droit anglais contemporain.* »

Quant aux conséquences de cette théorie, M. JOURNEL les exprime ainsi : « Dans ce système, les garants ne sont pas traités plus mal que s'ils étaient poursuivis par le remettant. Les créanciers composant la masse ne subissent aucun tort. L'aliénation régulière faite par l'endosseur leur est opposable..... La garantie ainsi constituée par l'ensemble des effets s'applique à l'ensemble du solde invisible, sans distinction possible, car les avances faites en compte courant, sont toujours faites sur le disponible, et non sur un effet particulier. On ne peut donc exiger que le récepteur crédite son remettant, des sommes qu'il encaisse en son nom personnel..... ».

(44) 1^e ed. I. p. 853

(45) 2^e ed. II n^o 854 p. 167

La conséquence de cette théorie de la « garantie innommée » sera donc l'application des articles 542 et 544 du Code de Commerce, comme le fait la Cour de Cassation, mais avec cette différence que la limitation des recours du récepteur contre les coobligés, reçoit ici une explication juridique.

Pourtant, la théorie de la « garantie innommée » prête à de sérieuses critiques :

1° Si l'on se rallie à la théorie classique du compte courant, on peut lui appliquer tous les reproches faits à la jurisprudence de la Cour de Cassation, quant à l'application des articles 542 et 544 du Code de Commerce (46).

Si l'on admet la théorie des compensations successives, il est possible d'expliquer l'application des articles 542 et suivants à ceux des effets qui n'ont pas été compensés en compte, mais il devient au contraire difficile de justifier comment l'ensemble des effets peut être affecté à la garantie du solde *indivisible*, puisque justement la théorie des compensations successives nie cette indivisibilité.

2° L'extension conventionnelle des formes constitutives du droit de gage, de son étendue, de ses modes de réalisation, ne paraît pas être dans l'esprit de notre droit français, qui a soigneusement et restrictivement réglementé l'institution du gage (47), et assuré par de sévères sanctions le respect des dispositions qui y sont relatives.

(46) Cf. *supra*, p. 176.

(47) Art. 2071 à 2.084 C. Civ. et 91 à 93 C. Com.

3° Aucune des assimilations que l'on a faites de la « garantie innommée » dont bénéficierait le recep-teur, à des institutions juridiques déjà connues, n'est absolument satisfaisante :

a) *La fiducie romaine.*

A notre avis, c'est faire preuve d'une érudition pure, n'offrant pas la possibilité de déductions pratiques, que de tenter l'assimilation du droit que possèdent nos banquiers sur les effets contrepassés, à celui que conférait aux anciens Romains le « pactum fiduciæ », adjoint à un transfert de propriété par « mancipatio » ou « in jure cessio ».

Il est inutile de s'attarder aux « formes » périmées du droit romain, dont l'intérêt est uniquement rétrospectif, et il est préférable d'examiner immédiatement s'il existe une parenté entre les droits du banquier et ceux que confèrent les contrats actuellement pratiqués, qui découlent de la fiducie romaine. Un contrat de ce genre existe en droit français sous le nom de vente à réméré.

b) *La vente à réméré* (48) est un contrat par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue, en restituant à l'acheteur le prix et les frais dans un délai convenu, qui ne peut être supérieur à cinq années. Ce contrat s'analyse par conséquent en une vente sous condition résolutoire.

Nous avons vu que la remise d'un effet de com-

(48) Cf. Planiol, II, n° 1571 et s.

merce à l'escompte ne correspond pas à une vente (49), mais à une délégation de créance.

Même si l'on admettait que la remise d'un effet est une vente à réméré, comment établir dans la théorie classique du compte courant, une similitude entre le paiement par le remettant du solde débiteur de son compte, et le remboursement du prix de cession des effets ? Dans la même hypothèse, mais en se rangeant à la théorie des compensations successives, comment justifier que le récepteur conserve un effet, dont il a obtenu le remboursement par compensation en compte ?

L'assimilation d'une remise d'effet à l'escompte, avec une vente à réméré n'est donc à aucun point de vue, soutenable.

c) *Le Mort-gage de l'Ancien Droit Anglais.* Un rapprochement des droits du banquier escompteur avec ceux que conférait à un créancier le mort-gage (50) de l'ancien droit anglais, est une entreprise assez vaine, puisque, là encore, il s'agit d'une institution disparue.

Dans l'Ancien Droit Anglais, comme dans l'Ancien Droit Normand, le mort-gage est une garantie, portant *sur un immeuble*. Si le concédant (débiteur) ne paie pas à l'époque fixée, le « tenant » (créancier) *acquiert*

(49) Cf. *supra*, p. 93.

(50) Dans l'ancien Droit français, le mort-gage était l'un des nombreux contrats créés pour tourner la prohibition du prêt à intérêt. C'était une espèce de nantissement portant sur une chose frugifère. Le créancier gagiste percevait, en guise d'intérêts, les fruits de la chose qu'on lui avait donnée en nantissement (PlanioI II, n° 2071).

sur l'immeuble les droits du débiteur (51). Il ressort de cette définition, que le mort-gage était une garantie réduite aux immeubles et qui ne comportait pas, dès qu'elle était consentie, la cession, même provisoire, par le débiteur à son créancier, de tous ses droits sur la chose gagée (ce qui est le cas dans l'escompte).

Enfin le mort-gage qui, à l'origine, s'accompagnait de la prise de possession de l'immeuble par le créancier, cessa de bonne heure de comporter obligatoirement cette dépossession, et devint ainsi l'équivalent d'une hypothèque.

Nous avouons, dans ces conditions, ne pas comprendre comment la « garantie innommée » du banquier peut être assimilée au Mort-gage.

d) *L' « equitable estate » du « trustee ».*

Nous empruntons au « Dictionary of English law » de SWEET (1832), cette définition très schématique du « trust » : « A trust in its simplest form, is a relation between two persons, by virtue of which, one of them (the trustee), holds property, for the benefit of the other (the cestui que trust) while, as regards to the rest of the world, he (the trustee) is for must purposes absolute owner of it. » Ce qui peut être traduit approximativement ainsi : Un « trust », dans sa forme la plus simple, est un rapport entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles (le « trustee »), détient un bien au profit de l'autre (le « cestui que trust »), alors que, au regard des tiers, elle (le trustee) est, à de

(51) Cf. Glasson, « Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et judiciaires de l'Angleterre », T. IV, p. 216.

nombreuses fins, propriétaire (52) absolue de ce bien.

En parlant de l'« equitable estate » du « trustee », MM. PERCEROU et DESSERTAUX n'ont-ils pas fait une confusion ?

En Droit Anglais, sont réputés bénéficiaires d'un « equitable estate », ceux-là dont les droits ont leur origine dans la juridiction des Cours de Chancellerie (53). Or, le trustee bénéficie en réalité d'un « legal estate », c'est-à-dire d'un droit défini par la « Common law » (54).

Cette remarque étant faite, est-il possible de comparer la situation du « trustee » à celle du banquier escompteur ? Il est assez malaisé de faire une telle comparaison, étant donné les inspirations très différentes des Droits français et anglais. Pourtant, on est tenté de répondre par la négative, après avoir constaté que le contrat de « Trust » qui, en Droit anglais, fonctionne en matière de fondations, tutelles, aliénations, institutions charitables ou familiales, est absolument inusité en matière de compte courant !

Certes, en Droit anglais, le compte courant est considéré comme une institution de commerce de banque, et non comme une institution juridique produisant des effets particuliers (55). Mais cela n'empê-

(52) Il n'est pas très exact de traduire owner par « propriétaire » ; il ne serait pas mieux de le traduire par « possesseur ». Le Droit Anglais en effet ignore la distinction juridique que nous faisons entre propriété et possession.

(53) Halsbury, *Laws of England*, T. 13. Verbo « equity », 3^e partie : « Equitable interest in equity ».

(54) Lewin, *Practical Treatise on the law of Trusts*, 11 Edition 1904, Chap. XIII, Section II p. 241.

(55) Piret, p. 168

che pas que les Anglais pratiquent des opérations d'escompte en compte courant, et que jamais ils n'ont assimilé le banquier escompteur à un « trustee » !

Huitième Explication

LA CONTREPASSATION MAINTIENT AU RÉCEPTEUR
SON DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES EFFETS,
MAIS LES COOBLIGÉS DU REMETTANT NE PEUVENT ÊTRE
CONSIDÉRÉS COMME PARTIELLEMENT TENUS AU PAIEMENT
DU SOLDE DÉBITEUR DE SON COMPTE

C'est la théorie adoptée par la Société d'études législatives, dans son projet de loi sur le compte courant.

La commission chargée de l'établissement du projet, ayant eu à choisir entre la théorie de la Cour de Cassation et celle du gage, a donné son approbation de principe à la première, mais elle lui a apporté un important correctif à la suite du raisonnement suivant (56) :

S'il n'existait pas de compte courant, le banquier produirait au passif de la faillite du remettant, d'une part pour le montant de ses avances faites à découvert (sans contre-partie de remises d'effets), et d'autre part pour chacun des effets impayés.

En imaginant que le banquier ait fait 400.000 frs d'avances et reçu un effet de 300.000 francs resté impayé, il produirait d'une part pour 100.000 francs, et d'autre part pour le montant de l'effet, en bénéficiant

(56) *Bulletin Sté. d'et. Leg.* 1935, n° 4, p. 339 à 342.

des dispositions de l'article 542 du Code de Commerce. Si la faillite donnait un dividende de 40 % et si les coobligés, au paiement de l'effet, versaient 250.000 frs, il recevrait de la faillite du remettant, d'une part 40.000 francs et d'autre part 50.000 francs (solde restant dû sur les effets). Au total il recevrait donc : $250 + 40 + 50 = 340.000$ francs. Autrement dit, il perdrait 60.000 francs.

Lorsqu'il existe un compte courant, toutes choses égales d'ailleurs, le banquier ayant contrepassé produit à la faillite pour 400.000 francs et reçoit 40 %, soit 160.000 francs. D'autre part, il reçoit des coobligés 250.000 francs, de sorte qu'il doit restituer au syndic $(160.000 + 250.000) - 400.000 = 10.000$ francs.

Cet avantage résultant, pour le banquier, de l'existence d'un compte courant, est injustifié. Il provient d'une mauvaise interprétation de l'article 542, à savoir que le paiement total d'un effet par les coobligés du remettant, ne constitue à l'égard du solde débiteur du compte, que le versement d'un acompte, qui ne doit pas être imputé.

Ce raisonnement a conduit la commission du compte courant à adopter un système transactionnel entre celui de la Cour de Cassation et celui de la jurisprudence dissidente qui applique l'article 548 du Code de Commerce. Le projet de loi, dans sa partie qui nous intéresse, est ainsi conçu :

« ART. 16. — Si après la contrepassation, le solde
« du compte courant est débiteur à la charge du
« remettant en faillite ou en liquidation judiciaire,

« le récepteur sera tenu à restituer les effets contre-
« passés. Si après la contrepassation, le solde du
« compte courant est débiteur à la charge du remet-
« tant en faillite, ou en liquidation judiciaire, le ré-
« cepteur est autorisé à conserver les effets ; il pourra
« cumuler les sommes qu'il encaisse des coobligés
« postérieurement à la faillite, par suite de l'exercice
« des droits et sûretés attachés aux effets contrepas-
« sés, avec le dividende recueilli de la dite faillite
« pour le solde débiteur de son compte arrêté après
« contrepassation. »

« ART. 17. — En aucun cas, le récepteur ne peut
« recevoir, grâce au cumul prévu à l'article précé-
« dent, une somme totale supérieure au solde débi-
« teur du compte courant après contrepassation, son
« droit à dividende dans la faillite du remettant se
« trouvant réduit de plein droit en conséquence.

« *En outre, si la balance du compte est telle au*
« *jour de la faillite, que le solde du compte soit débi-*
« *teur, à la charge du remettant failli, avant la contre-*
« *passation des effets, le récepteur ne peut encaisser,*
« *par suite du cumul prévu à l'article précédent, une*
« *somme totale supérieure au montant contrepassé*
« *augmenté du dividende calculé sur le solde débiteur*
« *avant contrepassation, son droit à dividende se*
« *trouvant réduit de plein droit en conséquence. »*

Si l'on applique cet article 17 à l'exemple précé-
dent, le récepteur pourra toucher au total $40/100$
(100.000) + 300.000 = 340.000 francs, alors qu'il aurait
touché l'intégralité de sa créance, si l'on avait appli-
qué le système de la Cour de Cassation.

Mais au contraire, dans la théorie du gage, le récepteur, en supposant qu'il ait touché 250.000 francs des coobligés, et épuisé contre eux ses recours avant d'être admis à la faillite du remettant, aurait reçu de celle-ci $40/100 (100.000 + 50.000) = 60.000$, et au total : $250.000 + 60.000 = 310.000$ francs (57).

Incidemment, nous pouvons indiquer que l'article 17 du projet de loi de la Société d'études législatives contient une lacune : il suppose que le solde débiteur du compte du remettant, arrêté au jour de la faillite de celui-ci, résulte uniquement d'avances à découvert du banquier, alors qu'il peut résulter aussi de la contrepassation d'effets encore impayés ou incomplètement payés, au jour de la faillite du remettant.

Lors de la discussion du projet en assemblée générale, un interpellateur fit, à bon droit, remarquer « qu'il serait illogique et injuste d'appliquer une « règle différente suivant que la contrepassation a eu « lieu avant ou après la faillite ». Le président de la commission répondit assez évasivement qu'il était d'accord avec l'interpellateur, et que le reste était une question de rédaction !

Cet additif verbal à l'article 17 était équitable, mais aussi de nature à beaucoup diminuer, dans un sens favorable au récepteur, la portée de la solution transactionnelle établie par la commission.

Critique. Dans le système proposé par la Société

(57) La situation du récepteur serait meilleure s'il recevait tout ou partie des versements des coobligés postérieurement à son admission à la faillite du remettant. En particulier, si tous les versements étaient postérieurs, le récepteur se trouverait aussi avantage que dans le système de la Cour de Cassation.

d'études législatives, le récepteur peut contrepasser, après faillite du remettant, les effets impayés, en vue d'obtenir un règlement de ces effets par compensation. Mais, d'autre part, si après la contrepassation le compte reste encore débiteur, le récepteur se trouve dans la même situation que s'il n'avait pas contrepassé.

Ce système donne une impression d'arbitraire, et par ailleurs son application nécessite un véritable démantèlement du compte courant, absolument incompatible avec les principes de novation et d'indivisibilité de la théorie classique.

Si l'on admettait la théorie des compensations successives, on serait moins choqué du sort incertain des effets contrepassés, tout au moins de ceux qui n'ont pas été compensés en compte, mais il se trouve que dans l'article 9 de son projet de loi, la Société d'études législatives a écarté cette théorie en ces termes : « Tant que le compte courant n'est pas clos, aucune remise ne peut être imputée sur une autre remise en sens inverse, et *les articles du compte ne se compensent pas entre eux*, sous réserve des dispositions de l'article 11, ci-après, concernant les intérêts (58).

Enfin, s'il était fait état éventuellement de l'additif précité, consenti par le président de la commission à l'article 17, on se heurterait à des difficultés certaines, et on aboutirait à des litiges indéfinis, dans la détermination des sommes que le récepteur aurait le droit de recevoir par le cumul de sa production au passif du remettant, et de ses poursuites contre les coobligés.

(58) *Bulletin Sté d'ét. Lég.*, 1934, n° 3, p. 282.

De la sorte, le système proposé par la Société d'études législatives, apparaît à la fois compliqué dans son application, et inadmissible d'un point de vue purement juridique.

APPRECIATION GENERALE

Des huit théories que nous venons d'exposer, aucune ne s'est révélée à l'abri des critiques, mais il n'est pas pour autant aisé d'en proposer une neuvième.

La solution de certains problèmes que nous avons exposés dans ce chapitre, est difficile, et il est à craindre qu'il faille longtemps encore se contenter d'une solution approchée.

Il est néanmoins intéressant de dégager les répercussions en la matière, des trois principes auxquels nous nous sommes rattachés jusqu'ici, savoir :

La compensation successive des articles de compte.

Le caractère de recours cambiaire de la contrepassation.

La continuation du compte pour les besoins de sa liquidation après faillite de l'un des correspondants.

a) En ce qui concerne d'abord la possibilité d'un recours séparé du récepteur contre le remettant, en vertu de l'effet contrepassé, nous la nions catégoriquement, puisque la contrepassation est déjà, par elle-même, un recours de change, et qu'on ne peut concevoir que la même action soit mise deux fois, d'une façon concomitante, au service d'un même droit.

b) Quant au problème de l'imputation ou de la non-imputation au crédit du compte du remettant

failli, des sommes versées au récepteur par les coobligés, il est très complexe.

Au jour de la faillite du remettant, on peut rencontrer, dans le compte courant, trois catégories d'effets contrepassés (59) :

Certains ont été *entièrement réglés par les coobligés* et leur montant a donc, après contrepassation, été à nouveau porté au crédit du compte. Le récepteur ne les a plus en sa possession, et leur histoire est close.

D'autres ont été *entièrement réglés en compte courant par compensation* ; les acomptes versés par les coobligés avant cette compensation figurent au crédit du compte. Le droit commun voudrait que le récepteur restitue ces effets au remettant, pour que celui-ci, par l'intermédiaire de son syndic, exerce, contre les coobligés, les recours auxquels il a droit. Mais les choses, en fait, se passent autrement : le récepteur continue de poursuivre les coobligés du remettant jusqu'à obtenir d'eux complet paiement de ces effets. En mettant les choses au mieux, le récepteur peut donc aboutir à obtenir deux fois le paiement du même effet, une fois par compensation en compte, et une fois par les versements des coobligés.

Etant donné que cette façon de procéder ne soulève, en règle générale, aucune protestation du remettant, et qu'elle est considérée comme d'usage, il faut admettre que l'escompte en compte courant comporte un élément particulier, auquel jusqu'à présent nous n'avons pas fait allusion, à savoir la cession conven-

(59) Nous ne parlons que des effets escomptés. Cf. *supra*, p. 95, note 14.

tionnelle au récepteur par le remettant, des recours cambiaires auxquels lui donneraient droit son règlement *complet* de l'effet, ces recours étant affectés à la garantie du solde du compte.

Ceci dit, quelle doit être l'affectation après faillite du remettant, des sommes encaissées par le récepteur, en vertu de ces recours ? Logiquement, elles doivent être imputées au crédit du compte, puisqu'elles sont destinées à en diminuer le solde débiteur.

Au surplus, cette façon de procéder ne heurte aucun des textes assez restreints, relatifs aux droits des créanciers privilégiés, ou munis de sûretés en cas de faillite de leur débiteur. Les articles 542 et 544 du Code de Commerce qui peuvent jouer jusqu'à parfait paiement de chaque engagement solidaire, ne sont pas applicables à des effets de commerce entièrement réglés, et par conséquent ne le sont pas aux recours dont nous parlons. Les articles 552 et suivants, relatifs aux droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles, le sont encore beaucoup moins. Il ne reste donc la possibilité que d'assimiler le récepteur, lorsqu'il dispose de ces recours, à un créancier nanti d'un gage (60) et auquel sont applicables les

(60) Ce gage est superposé aux droits que le récepteur possède, comme propriétaire de l'effet escompté. La signification au débiteur, prévue par l'art. 2075 C. Civ., auquel renvoie l'art. 91 C. Com., n'est pas nécessaire, puisque le récepteur agit contre les coobligés, en vertu des effets, en s'en comportant comme le propriétaire apparent. L'acceptation faite par le débiteur principal sur l'effet d'en régler le montant au porteur remplace cette signification (cf. Planiol, II, n° 2409). Il reste à concilier les dispositions de l'art. 109 C. Com. auquel renvoie l'art. 91 § 1, avec l'absence de toute convention expresse, relatant le transfert par le remettant au récepteur, en garantie du solde de compte, des recours que le remettant pourrait acquérir contre ses propres coobligés en payant

articles 546 et 548 Code de Commerce (61), conçus en termes généraux. L'article 548 § 2 décide que le créancier gagiste ne peut être admis au passif chirographaire qu'après déduction du prix de réalisation de son gage ; en l'espèce, les recours donnés en gage sont représentés par des effets de commerce et l'article 91 du Code de Commerce, dernier alinéa, leur est applicable. Il est donc normal que le récepteur impute au crédit du compte du remettant, les sommes qu'il reçoit par l'exercice de ces recours.

Une troisième catégorie d'effets contrepassés, est constituée par ceux qui n'ont pas été compensés en compte courant, ou ne l'ont été que partiellement. A ceux-là, les articles 542 à 544 du Code de Commerce paraissent applicables, mais à mesure que par l'imputation des acomptes versés sur les effets de la deuxième catégorie, un effet de la troisième se trouvera entièrement compensé, il deviendra nécessaire, pour le récepteur, d'imputer les acomptes qu'il aura reçus sur cet effet.

Enfin, si le règlement d'un effet de la troisième catégorie se trouve effectué ou achevé par les versements des coobligés du remettant, il conviendra, par

l'effet au récepteur, par compensation en compte. On est obligé ici de faire appel aux art. 1135 et 1160 C. Civ. relatifs aux clauses d'usage. La jurisprudence est d'ailleurs unanime pour admettre, que par la volonté des parties, les effets escomptés sont, entre les mains du récepteur, une garantie de paiement du solde du compte par le remettant. C'est sur le mécanisme et la nature de cette garantie que règnent les dissensions.

(61) Art. 546: « Les créanciers du failli, valablement nantis « de gages, ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire ».

Art. 548: «si le prix (de réalisation du gage) est moindre « que la créance, le créancier nanti viendra à contribution pour le « surplus dans la masse, comme créancier ordinaire ».

application de l'article 542, de créditer ces versements en compte.

Imaginons que sur ces entrefaites, le récepteur reçoive du syndic du remettant un avis d'avoir à produire sa créance au passif, ou, s'il l'a déjà fait, d'avoir à produire un plus récent relevé de son compte. Un important problème se trouve posé par les articles 546, 548 § 2 et 508 du Code de Commerce (62).

En vertu de chacun des effets qu'au moment de la vérification du passif il détient encore à titre de propriétaire, le récepteur est susceptible de pouvoir exercer postérieurement un autre droit (exercice des recours du remettant), à la suite du règlement de cet effet par compensation en compte. Si donc on admet chirographairement le récepteur au passif du remettant, pour le solde du compte, tel qu'il apparaît au moment de la vérification des créances, ne viole-t-on pas l'article 546, et comme sanction, n'expose-t-on pas le récepteur à perdre, aux termes du dernier alinéa de l'article 508 du Code de Commerce, le bénéfice d'un recours qui lui est précieux ?

A notre avis, il faut répondre par la négative à ces questions. L'admission d'une créance au passif d'une faillite doit être faite, d'après les droits dont dispose le créancier au jour de l'admission (pratiquement au jour de la vérification de sa créance), sauf à observer

(62) Art. 508 : « Les créanciers hypothécaires, inscrits ou « dispensés d'inscription et les créanciers privilégiés ou nantis d'un « gage, n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat pour les dites créances, et elles n'y seront comptées que s'ils « renoncent à leurs hypothèques, gages ou privilèges.

« Le vote au concordat emportera de plein droit cette renonciation ».

les conséquences qui découlent de la déchéance du terme et de l'arrêt du cours des intérêts à partir du jour de la faillite (art. 444 et 445 C. Com.). Aucun texte de notre Code de Commerce n'indique qu'il faille procéder autrement (63).

Or, au jour de la vérification de ses droits, le récepteur est créancier du remettant pour le montant du solde débiteur du compte courant. Son gage *actuel* se limite aux recours qu'il peut exercer aux lieu et place du remettant, en vertu des effets qui ont été compensés entièrement en compte, et n'ont pas encore été complètement réglés par les coobligés.

En vertu de l'article 548 du Code de Commerce, il semble que le récepteur ne puisse être admis au passif chirographaire de la faillite du remettant pour le solde du compte, que sous déduction des sommes « maxima » que les recours dont nous parlons sont susceptibles de lui faire recouvrer par la suite, à moins qu'il ne préfère restituer ces effets au remettant.

On peut objecter à cette façon de faire, que les articles 546 et 548 prévoient que l'admission au passif chirographaire du gagiste est subordonnée à la réalisation *préalable* du gage, mais l'argument ne paraît pas décisif, car en l'espèce, on connaît parfaitement la somme maxima que le gagiste peut retirer de son gage, de sorte que les intérêts de la masse des créanciers sont parfaitement sauvegardés, dans la méthode que nous proposons.

(63) Cf. Percerou et Desserteaux, II, n° 832.

Quant aux recours que le récepteur est susceptible d'acquérir postérieurement à l'admission de sa créance, à la suite d'une compensation en compte d'effets contrepassés, ils constituent un gage éventuel, ou tout au plus un droit de gage sous condition suspensive (la condition étant la compensation en compte des effets contrepassés), et ne peuvent pas être pris en considération au moment de l'admission de la créance du récepteur au passif de la faillite du remettant (64).

En résumé, à partir du jour de la faillite du remettant, le récepteur doit seulement imputer au crédit du compte :

1° les versements qu'il reçoit des coobligés du remettant, sur les effets entièrement compensés en compte ;

2° le montant des effets qui, non compensés, se trouvent entièrement réglés par les coobligés.

En outre, lors de l'admission de la créance du récepteur, les effets entièrement compensés en compte, mais dont les coobligés du remettant n'ont pas complètement réglé le montant, doivent être restitués par le récepteur au remettant, à moins que le récepteur préfère déduire du solde débiteur du compte, la partie de ces effets qui reste dûe par les coobligés du remettant.

(64) Parfois, par un usage que l'on justifie en interprétant l'art. 1180 du Code Civil, les syndics mettent en réserve le dividende auquel auraient eu droit les créanciers, sous condition suspensive, si la condition s'était réalisée avant la répartition. Plus tard, au moment d'achever les opérations de la faillite, et lorsque la condition a défailli, cette somme réservée est répartie entre les autres créanciers.

La créance du récepteur étant ainsi fixée, ce dernier pourra participer avec les créanciers chirographaires, au vote du concordat, aux répartitions d'actif s'il y a lieu et, si le remettant obtient un concordat, pourra exiger le paiement des dividendes sur la base de cette créance. Ainsi le veulent les textes de lois et les nécessités de la pratique.

Mais l'admission d'une créance au passif d'une faillite n'entraînant aucune novation (65), le compte courant ayant existé entre le récepteur et le remettant pourra continuer à fonctionner, pour les besoins de sa liquidation, après l'admission de la créance du récepteur.

En conséquence, ce dernier devra créditer le compte des dividendes versés par le syndic du remettant, ou par le remettant lui-même, si celui-ci obtient un concordat. Il devra également imputer au crédit du compte, les sommes qu'il récupérera comme gagiste, par l'exercice des recours du remettant.

Quant aux articles 542 et 544, ils continueront à être applicables aux effets non entièrement compensés en compte, mais dans la mesure seulement où le remettant sera encore en faillite (ce qui cessera d'être, s'il obtient un concordat homologué). Le retour « in bonis » du remettant aurait pour effet de rétablir le droit commun pour les recours exercés par le récepteur, en vertu des effets non entièrement compensés.

c) Il résulte des raisonnements précédents que le récepteur qui a touché un dividende dans la faillite

(65) Percerou et Desserteaux, II, n° 1259.

du remettant, sur le solde débiteur du compte courant, n'a pas à en faire état dans les poursuites qu'il exerce ensuite contre les coobligés du remettant.

•

CHAPITRE IV

CONVENTIONS RELATIVES A LA CONTREPASSATION DES EFFETS IMPAYÉS

A) EXPOSÉ GÉNÉRAL

Nous avons fait antérieurement allusion (1) à l'existence fréquente de clauses spéciales des contrats d'escompte en compte courant, aux termes desquelles la survenance éventuelle de la faillite du remettant donne le droit au récepteur de contrepasser immédiatement, au débit du compte du remettant, les effets escomptés non encore échus.

Pour ne pas offenser leurs clients, en prévoyant expressément leur faillite dans le contrat qui prélude à leurs opérations d'escompte, certains banquiers se contentent de stipuler qu'ils pourront contrepasser les effets qui, lors de la clôture du compte ne seraient pas encore échus. Ce libellé équivaut au précédent, puisque la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à considérer que le compte courant est un contrat *intuitu personæ*, auquel met fin la faillite de l'un des correspondants.

Ces clauses sont devenues de plus en plus fréquentes, depuis les arrêts des 19 mars, 31 mars et 1^{er} juillet 1930, par lesquels la Cour de Cassation, mettant fin à un conflit qui divisait la jurisprudence, a décidé que

(1) Cf. *supra*, p. 136.

le récepteur possédait, sur le remettant, en vertu des effets escomptés, non pas une créance à terme, mais une créance conditionnelle, et que le failli n'étant pas déchu du bénéfice de la condition, le récepteur ne pouvait contrepasser qu'à leur échéance, les effets non encore échus au jour de la faillite du remettant.

A la rigueur, pour arriver à leur fin qui est de grossir au maximum le solde débiteur de compte pour lequel ils seront admis à produire au passif de la faillite du remettant, les banquiers auraient pu se contenter de spécifier qu'ils auraient le droit de contrepasser lors de la faillite du remettant les lettres de change ou billets non échus. Car d'après la Cour de Cassation, les effets contrepassés restent la propriété du récepteur qui peut, jusqu'à complet paiement de la créance qu'il possède sur le remettant, poursuivre les coobligés de celui-ci, sans avoir à imputer leurs versements au crédit du compte du remettant.

Pourtant les banquiers, sachant que certains Tribunaux de Commerce et quelques Cours d'Appel refusaient de suivre la Cour de Cassation, et craignant peut-être aussi un revirement dans la jurisprudence de celle-ci, complètent généralement les clauses de contrepassation des effets non échus, par des clauses de réserve de propriété de ces mêmes effets, et moins souvent par des clauses réputant chaque coobligé du remettant tenu solidairement à concurrence du montant de l'effet portant sa signature, au paiement du solde du compte du remettant. Ces dernières clauses justifient, en vertu de l'article 542 du Code de Commer-

ce, la non-imputation, même des effets entièrement réglés par les coobligés, puisque le règlement d'un effet est réputé n'être que le versement d'un acompte sur le solde du compte.

Ces diverses clauses sont insérées, soit dans les contrats sous seing privé, soit plus simplement au dos des bordereaux d'escompte, utilisés par les clients. Sous leur forme la plus complète, elles sont à peu près rédigées comme suit : « ... le crédit de la remise ne
« deviendra définitif, que par encaissement avant la
« clôture du compte courant. La contrepassation éven-
« tuelle des effets non encore encaissés, échus et non
« échus, laisse subsister entre nos mains l'intégralité
« de nos actions et recours contre tous coobligés, les-
« quels seront réputés, chacun à raison du montant
« souscrit, tenus solidairement du solde éventuel du
« compte courant... »

De nombreuses contestations se sont élevées sur la validité de ces clauses, auxquelles les syndics reprochent de favoriser, d'une façon peu régulière, le récepteur au détriment des autres créanciers du remettant.

Ni les tribunaux, ni les auteurs, ne se sont encore mis d'accord sur la solution qu'il convient de donner à cet intéressant et important conflit.

B) POSITION DE LA JURISPRUDENCE

En jurisprudence, se font jour trois opinions, sur lesquelles la Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée.

a) Dans un premier groupe, on peut ranger les

décisions qui concluent à la validité, sans réserve, des clauses de contrepassation avant échéance et de non imputation.

Parmi ces décisions, un arrêt de la Cour de Rouen du 25 juin 1930 (2) déclare : « ... Attendu... que la banque... a eu soin *dans les conditions générales, imprimées au verso de ses avis de crédit*, de stipuler formellement de Marissal (qui a accepté ces conditions par une adhésion explicite, contenue dans sa demande d'ouverture de compte courant du 8 mars 1927 et qui, en cette matière d'ordre commercial, n'a pas besoin d'avoir date certaine pour être opposée aux intimés), qu'en cas de dénonciation du compte courant, elle a le droit de porter au débit du compte tous les effets échus ou non échus, en sa possession, portant à un titre quelconque la signature du titulaire du compte.

« Que cette *convention librement consentie et utile au commerce, puisqu'elle permettait à la banque d'admettre comme éléments du compte courant des valeurs qu'elle eût écartées autrement, ne saurait... être considérée comme contraire à l'ordre public ; qu'en effet elle ne constitue pas la création d'un privilège conventionnel*, son effet n'étant pas d'attribuer un droit de préférence au créancier, mais uniquement d'influer sur le quantum de la créance ou de la dette qui résultera, pour le titulaire du compte, de la balance finale.

« Qu'on ne peut y voir non plus une atteinte à la

(2) *J. Ftes*, 1930, p. 209. *Ann. Dr. Com.*, 1930, p. 243.

« règle de l'égalité des créanciers, en cas de faillite ou
« de liquidation judiciaire, puisque *par l'effet de la*
« *condition de paiement avant la clôture du compte,*
« la valeur de l'effet doit être considérée comme
« n'ayant jamais constitué un élément définitif de
« ce compte. »

Un arrêt de la Cour de Douai du 11 mai 1934 (3), a statué dans le même sens que le précédent, en décidant : « ...que les conventions forment la loi des parties et que les banques ont le droit de fixer les conditions auxquelles elles ouvrent des comptes courants à leurs clients... qu'une telle clause donnant plus de garanties aux banques, permet à celles-ci de faciliter les opérations d'escompte aux commerçants et de leur procurer le crédit nécessaire à leurs affaires. »

Le même arrêt réfutant un motif du jugement qu'il infirme, émet d'ailleurs une intéressante idée : « Attendu que les premiers juges indiquent que si la clause fait la loi des parties, elle ne peut être opposable aux tiers... mais attendu que *les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers* et sont tenus de respecter les conventions passées par leur débiteur n'ayant pas plus de droit que lui ; qu'il n'est fait exception que pour le cas de fraude, ou autres qui ne se rencontrent pas en l'espèce ; que la faillite ne résout pas les contrats, lesquels doivent être respectés, sauf les exceptions indiquées par le Code de Commerce. »

(3) *J. Ftes*, 1935, p. 34.

Ces deux arrêts, comme toutes les décisions rendues dans le même sens (4), consacrent évidemment un ou plusieurs « attendus », aux articles 542 et 544 du Code de Commerce, qu'ils interprètent dans le même sens que la Cour de Cassation, de façon à justifier la non imputation prévue par les clauses. Nous n'avons pas à revenir ici sur cette dernière question que nous avons déjà traitée.

En somme, dans ce premier groupe d'arrêts, deux idées fondamentales apparaissent : les conventions font la loi des parties et les clauses litigieuses ne constituent pas un privilège conventionnel. Les autres motifs (intérêt économique, caractère d'ayants cause des créanciers chirographaires, etc...), ne sont utilisés que pour étayer les premiers.

b) Dans un second groupe de décisions, nous classons celles qui, tout en affirmant le principe de la validité des clauses de contrepassation avant échéance et de non-imputation, leur retirent pratiquement toute efficacité. Les motifs de ces décisions sont souvent des plus discutables, et laissent généralement l'impression que les juges n'ont prononcé la validité des clauses que parce qu'ils avaient trouvé des moyens détournés d'en empêcher l'application.

Un jugement du Tribunal de Commerce de Fécamp du 30 décembre 1931 (5) déclare : « Attendu que l'or-

(4) Com. Tourcoing, 3 juin 1932. *Gaz. jud. Lyon*, 1932, p. 210 (dans une espèce où la clause était insérée dans les bordereaux de crédit). Douai, 19 avril 1935, *J. Ftes*, 1935, p. 265. Douai, 21 janvier 1938, *Rev. Gén. Ftes*, 1938, p. 145. — *G. P.*, 9-4-38.

On cite souvent Poitiers, 19-2-1934 (*J. Ftes*, 1935, p. 39), mais cet arrêt était en réalité saisi, non de la validité de la clause, mais du bien-fondé de la non-imputation.

(5) *G. P.*, 1932-1-878.

« dre public n'étant pas en jeu, il peut être apporté
« des dérogations à ce principe (Interdiction de la
« contrepassation des effets non échus), à condition
« que cette dérogation ait été exprimée d'une façon
« formelle et conventionnelle. Attendu que la Banque
« Adam produit en effet une fiche ainsi conçue : « La
« Banque Adam se réserve... (suit la clause). Attendu
« qu'il n'est pas établi que les Albatros aient accepté
« cette condition par une adhésion explicite. Attendu
« en effet que le compte courant d'entre les parties
« remonte à une date bien antérieure à la remise de
« cette fiche, et que cette convention originaire tacite,
« doit s'imposer jusqu'à la fin des relations entre la
« banque Adam et Les Albatros, à défaut d'une con-
« vention expresse et formelle, mettant fin à l'usage
« précédemment établi. »

Ce jugement, si l'on s'en tient à ce qu'il révèle des faits de la cause, paraît en avoir fait une juste appréciation, quant à l'absence d'un accord des parties, évidemment indispensable.

Plus discutable est un arrêt de la Cour de Douai du 5 mars 1931 (6), dont les motifs qui nous intéressent sont les suivants :

« ... Attendu qu'elle (la banque) invoque l'article
« de cette convention ainsi conçu : « Si la banque
« était amenée à dénoncer le compte courant, elle
« aurait le droit de porter au débit tous les effets
« échus et non échus en sa possession portant à un
« titre quelconque la signature du titulaire du compte,

(6) *J. Ftes*, 1931, p. 223.

« et elle conserverait néanmoins l'intégralité de ses
« recours contre les coobligés, lesquels actions et
« recours constitueraient éventuellement à concur-
« rence de pareil montant, garantie de rembourse-
« ment du solde débiteur du compte courant. »
« Attendu que la validité de cette clause n'est pas
« contestée. Attendu qu'il y a lieu toutefois de déter-
« miner le caractère de cette détention... Attendu qu'il
« importe de ne pas séparer l'article 2 et l'article 3
« ainsi conçu : « Le titulaire d'un compte courant
« affecte à la garantie du remboursement du solde
« débiteur éventuel de son compte, et ce à titre de
« nantissement, en faveur de la banque, toutes
« valeurs effets et titres confiés par lui à la banque. »
« Attendu que dans ces conditions, c'est à bon
« droit que les premiers juges, tout en maintenant la
« validité de la clause intervenue, en ont subordonné
« l'étendue à l'application de l'article 548 du Code de
« Commerce... »

Cette interprétation était tendancieuse, et c'est ce qu'a pensé la Cour de Cassation qui, le 28 juillet 1937 (7) a cassé l'arrêt précité, mais sans prendre parti sur la validité de la clause qui n'était pas contestée.

La Cour de Colmar ayant eu à statuer dans un litige qui mettait en cause la même banque et les mêmes clauses, s'était prononcée le 27 juillet 1931 (8) dans le même sens que la Cour de Douai, mais en ajoutant la considération suivante, par lesquelles, elle

(7) *J. Ftes*, 1937, p. 180

(8) *D. P.*, 1932-2-73.

révélaît sa véritable façon de penser : « Attendu que
« cette solution (application de l'article 548 du Code de
« Commerce), conforme d'ailleurs aux clauses de la
« convention, permet de respecter l'égalité entre les
« créanciers ».

Dans un arrêt du 22 avril 1937 (9), la Cour de Paris a également adopté le principe de la validité d'une clause de contrepassation, à la clôture du compte, des effets non échus ; mais alors qu'aucune clause complémentaire n'indiquait que ces effets seraient recouvrés par le banquier à titre de gage, la Cour a décidé néanmoins que la garantie qu'ils constituaient devait « être réputée un véritable gage », et que dès lors, en vertu des dispositions de l'article 548 du Code de Commerce, les versements des coobligés devaient être déduits du montant de la production. La Cour a d'ailleurs motivé son arrêt en termes généraux, sans chercher à établir une distinction (à notre avis impossible) entre le caractère des effets contrepassés après échéance et ceux contrepassés avant.

En jugeant ainsi, la Cour de Paris, non seulement a apparemment rompu avec la jurisprudence constante de la Cour de Cassation (qui refuse d'admettre que les effets contrepassés sont recouvrés à titre de gage), mais encore elle s'est misc en contradiction avec sa propre jurisprudence (10), ce qui ne s'explique que par le désir qu'elle a eu d'éviter que les clauses litigieuses puissent être efficacement appliquées.

(9) *G. P.*, 16 juin 1937. *Juris-Classeur périodique*. — Faillite compte courant, 278, Blanc.

(10) Paris, 14 juin 1900, *D. P.*, 1901-2-169. Paris, 20 novembre 1931, *G. P.*, 1932-1-876.

c) Un troisième groupe de décisions est constitué par des jugements de Tribunaux de Commerce qui ont déclaré que les clauses n'étaient pas valables ou, ce qui revient au même, étaient inopposables à la masse des créanciers du remettant.

Certains de ces jugements ont été infirmés en appel (11).

D'autres ont été confirmés « au fond » mais infirmés dans leurs motifs (12), les juridictions d'appel ayant conclu à la validité de principe des clauses, mais en ayant écarté l'application. D'autres enfin n'ont pas été, à notre connaissance, l'objet de voies de recours (13).

Certains de ces jugements contiennent des idées intéressantes. Le Tribunal Civil de Mulhouse (31 mai 1930), motive sa décision « par les règles du Code « Civil, respectivement applicables aux obligations « conditionnelles ou à terme, de même qu'au principe

(11) Com. Sables-d'Olonne, 19 mai 1933, infirmé par Poitiers, 19 février 1934 précité. Com. Lille, 22-12-33, infirmé par Douai, 11-5-34 précité. Com. Lille, 27-1-34, infirmé par Douai, 19-4-35 précité. Com. Boulogne-sur-Mer, 33-36. *Rev. Gén. Ftes*, 1936, p. 250, infirmé par Douai, 21 janvier 1938, précité.

(12) Civ. Mulhouse (Ch. Commerciale) 31-5-30, confirmé par Colmar, 21-7-31 précité. — Com. Seine, 22-1-36, *J. Ftes*, 1936, p. 236. *Quot. jur.*, 23-4-36, confirmé par Paris, 22-4-37, *G. P.*, 16-6-37 précité.

(13) Com. Nantes, 9-12-30. — *Gaz. Lyon*, 1931, p. 93. — Comm. Le Havre, 7-12-37, *G. P.*, 1-5-38. *Rev. Gén. Ftes*, 1938, p. 152.

Un commentateur anonyme fait remarquer avec raison dans la *Rev. Gén. Ftes*, que le Tribunal du Havre, en invoquant à l'appui de sa décision les trois arrêts de la Cour de Cass. de mars et juillet 1930 (cités *supra*, p. 135, note 88) en a forcé les termes; mais ce commentateur se trompe à son tour en disant que depuis l'arrêt de la Ch. Civ. du 10 mai 1937 (*Rev. Gén. Ftes*, 1937, p. 671) on pouvait croire la controverse close, car cet arrêt n'a parlé que de la clause « sauf encaissement », et non de la clause de contrepassation des effets non échus !

« de la parité des créanciers d'une même faillite,
« lequel fait obstacle à la production d'une *créance*
« *qui ne deviendra certaine que par suite du non-*
« *paiement à son échéance*, principe d'ailleurs consa-
« cré par l'article 13 de la loi du 4 mars 1889 » (14).

Le Tribunal de Commerce de la Seine (15) déclare:
« ... Attendu que l'intérêt de pouvoir étendre les faci-
« lités d'escompte, invoqué par la banque Adam et
« sur lequel reposent certains arrêts, ne saurait être
« considéré comme déterminant ; qu'une décision en
« découlant n'aurait pour base que des exceptions
« économiques et ne reposerait sur aucun motif juri-
« dique.

« ... Attendu que s'il ne résulte vraiment aucun
« privilège réel de l'application de la clause, celle-ci
« a néanmoins pour effet de fausser le principe d'éga-
« lité entre les créanciers, puisqu'elle permettrait
« aux banques de produire pour une somme supé-
« rieure à celle dont le titulaire du compte courant est
« réellement débiteur, au moment où son état de ces-
« sation de paiements est constaté par un jugement.

« ... Attendu que si les principes découlant de la
« jurisprudence ne sont pas d'ordre public... il est
« cependant du pouvoir des Tribunaux de constater
« que les *conventions des parties faites contrairement*
« *aux principes édictés par les articles du Code qui*

(14) Cet article relatif à la liquidation judiciaire a été abrogé par le décret du 8-8-35. Son dernier paragraphe disait : « Si des lettres de change ou des billets à ordre souscrits ou endossés par le débiteur et non échus au moment de cette dernière assemblée sont en circulation, les liquidateurs pourront obtenir du juge commissaire, la convocation d'une nouvelle assemblée de vérification. »

(15) Cf. note 12, page précédente.

« sont d'ordre public... ne peuvent être opposables à
« ceux qu'elles viennent frustrer, en violation des
« principes découlant de la loi.

« ... Attendu qu'une clause permettant au banquier
« de contrepasser le montant des effets non encore
« échus en cas de clôture du compte courant, peut
« être valable lorsque les parties sont *in bonis*, puis-
« qu'elle ne contredit aucun principe d'ordre public,
« mais qu'elle ne peut avoir d'effet postérieur au juge-
« ment d'admission à la liquidation judiciaire, et par
« suite, vis-à-vis de la masse, les rapports du liquidé
« judiciaire et de ses créanciers étant régis par des
« articles du Code qui sont d'ordre public ; qu'en
« l'espèce la clôture du compte courant est une consé-
« quence du jugement d'admission... ; qu'elle lui est
« donc postérieure ; que dès lors les conventions... ne
« sont pas opposables à la masse... »

Enfin, dans son jugement du 3 mars 1936, le Tribunal de Commerce de Boulogne-sur-Mer, estime que l'application de la clause de contrepassation avant échéance serait susceptible d'empêcher, contre toute justice, le tiré accepteur qui a payé le porteur, alors que l'effet n'était pas provisionné, d'exercer un recours contre le tireur (art. 117, § 3 Code Com.) (16), à moins que l'on admette au préjudice de la masse des créanciers du tireur, une double production pour

(16) Le décret-loi du 30 octobre 1935 a fait du § 3 de l'art. 117, le dernier paragraphe de l'art. 116, ainsi conçu : « Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance, sinon il est tenu de le garantir quoique le protêt ait été fait après les délais fixés. »

la même créance. Le jugement décide qu'il y a une véritable impossibilité juridique à admettre pareil résultat, et que la clause qui y conduit doit être réputée nulle.

Il ajoute : « ... Attendu que l'application de la stipulation dont il s'agit conduirait directement à un « *privilège occulte* qui s'opposerait à la conciliation « équitable des intérêts de la masse créancière...

« ... Qu'au surplus si l'on peut considérer que « cette clause puisse avoir pour conséquence de favoriser le développement du crédit d'escompte, *ce cré-* « *dit amènerait en contre-partie la restriction de celui* « *des fournisseurs*, dépouillés indûment d'une partie « de l'actif de leurs clients en cas de faillite ».

« ... Attendu qu'enfin *la masse créancière* représentée par le syndic cesse d'être l'ayant cause du « failli et *devient un tiers, quand les créanciers défendent leur gage commun* contre un acte tendant à en « détruire l'intégrité ou à constituer un droit de préférence à leur encontre. »

Tels sont les principaux arguments que l'on rencontre dans les décisions annulant les clauses de contrepassation avant échéance et de non imputation.

En résumé, la presque totalité de la jurisprudence proclame la validité de ces clauses, mais d'assez nombreuses décisions aboutissent à leur retirer presque toute efficacité.

C) POSITION DE LA DOCTRINE

La doctrine est tout aussi divisée que la jurisprudence.

a) Divers auteurs concluent à la validité des clauses.

Pour M. TIMBAL (17) « La convention en question
« constitue une sûreté conventionnelle accordée au
« banquier récepteur par le remettant et ne porte
« atteinte à aucun principe d'ordre public. Nous sommes ici dans le domaine de la liberté contractuelle. »

De même M. MARTY (18) déclare : « ... Les clauses
« de cette sorte nous paraissent valables et obligatoires. Sauf disposition légale expresse, la faillite
« ne saurait faire obstacle au jeu d'une condition
« résolutoire valablement convenue. Si de pareilles
« clauses se généralisent dans la pratique bancaire,
« elles deviendront d'usage comme l'est devenue,
« dans la première moitié du XIX^e siècle, la clause sauf
« encaissement à l'échéance. S'il en est ainsi, les banquiers dispensateurs du crédit auront modelé
« l'usage au mieux de leurs intérêts (19). »

Quant à l'arrêt de la Cour de Paris du 22 avril 1937 (20), qui déclare les clauses valables, mais les neutralise, il a provoqué ce commentaire anonyme très judicieux (21) : « ... On peut discuter le principe

(17) *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1931, p. 119.

(18) *Ann. Dr. Comm.*, 1931, p. 110.

(19) Dans le même sens : Chéron (note sous Colmar, 21 juillet 1931, *D. P.*, 1932-2-73 ; Lacat (note sous Com. Seine, 22 janvier 1936, *Quot. jur.* du 23 avril 1936).

(20) Cf. *supra*, p. 221.

(21) *J. Cl. Per.*, « Faillite. Compte courant », 278, blanc.

« de la validité de la clause elle-même. Si on admet
« cette validité, le mécanisme de la contrepas-
« sation doit jouer en matière d'effets non échus, à la date
« de la faillite, comme en matière d'effets échus et
« impayés. On peut douter que la Chambre Civile, si
« elle était saisie de la question, fasse sienne une théo-
« rie ainsi formulée, si l'on se souvient de la netteté
« avec laquelle la Cour de Cassation affirme le prin-
« cipe des effets de l'endossement, en matière de
« remise en compte courant. »

b) Plus nombreux sont les auteurs qui considèrent les clauses comme nulles ou inopposables à la masse.

M. HAMEL (22) déclare : « ...La clause doit être
« critiquée... ; autoriser cette poursuite (contre le débi-
« teur failli), c'est modifier les règles de la faillite,
« pour admettre que conventionnellement la créance
« conditionnelle sera soumise au régime que l'article
« 444 n'a organisé que pour les créances à terme. Or,
« il est interdit de déroger par contrat aux règles de
« la faillite si cette clause doit être annulée. »

M. PERCEROU (23) pense également qu'on ne doit pas reconnaître la validité de la clause de contrepas-
sation anticipée, d'abord parce qu'elle rompt la conci-
liation équitable d'intérêts que la jurisprudence s'est
efforcée d'établir, et ensuite parce qu'elle conduit à
des résultats inadmissibles, en empêchant le tiré
accepteur qui a payé sans provision le récepteur,
d'exercer un recours contre la faillite du remettant
(nous avons déjà rencontré cet argument dans un

(22) N° 420.

(23) II, n° 855 *ter*.

jugement du Tribunal de Commerce de Boulogne-sur-Mer du 3 mars 1936).

Dans une intéressante étude, M. Georges MARAIS (24) déclare que la clause en question aboutit à créer par voie conventionnelle un véritable privilège occulte, au profit du tiers-porteur, ce qui est inadmissible, car « s'il est un principe absolu de droit privé, « c'est bien celui qui déclare que les privilèges n'existent qu'en vertu de la loi qui les constitue. » M. MARAIS réfute les principaux arguments des partisans de la clause, à savoir que celle-ci est utile au développement du contrat d'escompte et que les créanciers chirographaires du failli sont des ayants cause obligés de respecter ses conventions.

Il nie que l'article 542 soit applicable aux effets contrepassés avant échéance, ceux-ci ne constituant pas des créances échues. Enfin, après avoir rappelé deux décisions de jurisprudence (dont nous reparlerons) qui, dans un autre domaine, annulent des clauses contraires au principe de l'égalité des créanciers, en cas de faillite de leur débiteur, M. MARAIS aboutit à cette conclusion que la clause est nulle d'ordre public.

Indiquons enfin que l'article 15 du projet de loi sur le compte courant, préparé par la Société d'études législatives, est ainsi rédigé : « En cas de faillite ou « de liquidation judiciaire du remettant, la contre-
« passation n'est permise que pour les effets restés
« impayés à la date de leur exigibilité ; toute clause
« contraire est nulle. »

(24) *Rev. Gén. Ftes*, 1936, p. 262 et suiv.

D) APPRÉCIATION

Nous croyons que les clauses conventionnelles stipulant que, lors de la faillite du remettant (25), le récepteur pourra contrepasser les effets non échus, et ne pas imputer sur le montant de sa production, les versements effectués par les coobligés du remettant, *sont nulles*.

Les arguments mis en avant par les tribunaux et les auteurs, dont nous partageons l'opinion, nous paraissent d'une valeur très inégale.

Il convient d'abord d'écarter ici les discussions sur les articles 542 et suivants du Code de Commerce dont nous avons suffisamment parlé dans le précédent chapitre ; ces discussions relatives à l'imputation des versements des coobligés, sont tout à fait en dehors de la question de la validité des clauses. Tout au plus peut-on dire qu'une partie des déconvenues que les banquiers ont éprouvé dans la façon dont beaucoup de tribunaux ont appliqué les clauses, venaient de ce que celles-ci n'étaient pas toujours rédigées avec suffisamment de soin et de précision, relativement à la non-imputation des versements effectués par les coobligés sur les effets contrepassés. La nécessité d'une rédaction précise s'imposerait encore davantage aux banquiers, si la Cour de Cassation venait à modi-

(25) Bien que dans l'état actuel de la jurisprudence, il soit indifférent de spécifier que les effets non échus pourront être contrepassés au jour de la clôture du compte ou de la faillite du remettant, nous préférons employer cette dernière expression, puisque nous avons défendu une théorie nouvelle (cf. *supra*, chap. II, p. 118) d'après laquelle le compte courant n'est pas clos par la survenance de la faillite de l'un des correspondants.

fier sa jurisprudence, sur la question de l'imputation (ce qui n'est pas actuellement prévisible).

Les partisans des clauses argument en faveur de celles-ci, de ce qu'elles seraient utiles au développement de l'escompte, donc au crédit commercial, en permettant aux banquiers d'escompter des valeurs de médiocre qualité. C'est là un argument économique et non juridique, qui en conséquence, ne peut être retenu que subsidiairement. Il est au surplus facile de faire remarquer que l'intérêt bien compris du commerce ne réside pas dans la circulation de valeurs douteuses.

Argument économique aussi, celui qui consiste à dire que la protection du banquier est nécessaire au développement du crédit, donc du commerce. Cet argument est, en outre, fragile : doit-on admettre que la protection du banquier puisse s'exercer, au détriment des autres créanciers du failli, parmi lesquels figure une majorité d'industriels et commerçants ? Les fournisseurs du failli nous paraissent aussi intéressants à protéger que les banques.

Arrivons-en aux arguments juridiques.

On parle beaucoup du « privilège conventionnel » que constituerait, en faveur du récepteur, la clause de contrepassation, qui serait contraire à ce principe essentiel de notre Droit : « Pas de privilège sans texte ».

Il nous semble que les décisions de jurisprudence et les auteurs ont un peu abusé du mot « privilège ». Si l'on s'en rapporte au Code Civil, on apprend par l'article 2095 que « le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être pré-

féré aux autres créanciers, même hypothécaires (26) ».

On ne voit pas en quoi les clauses de contrepassation confèrent au récepteur un droit de préférence, et par conséquent il ne paraît pas exact de dire qu'elles lui confèrent un privilège.

On ne peut pas s'attarder davantage à l'argument du Tribunal de Commerce de Boulogne (jugement du 3 mars 1936) repris par M. PERCEROU, qui consiste à dire que l'application de la clause rendrait impossible, au tiré non provisionné, qui aurait payé l'effet, d'exercer un recours contre la faillite du remettant. L'impossibilité de ce recours découle du principe jurisprudentiel de la non-imputation, et pas spécialement de la clause de non-imputation. Il est étonnant que M. PERCEROU, qui déclare inadmissible cette conséquence de la clause, ne fasse aucune allusion à la même situation lorsqu'elle résulte des droits que la Cour de Cassation accorde au récepteur sur les effets contrepassés (27).

La véritable raison de la nullité de ces clauses est autre : l'analyse que nous avons faite de la contrepassation, nous a révélé que le récepteur possédait sur le remettant, en vertu de chacun des effets escomptés, une *créance sous condition suspensive* (la condition étant le défaut de paiement à l'échéance, par les coobligés du remettant), et que la contrepassation correspondait à un *recours de change*. Or, aucune

(26) Les civilistes (cf. Planiol, II, n° 2547) font remarquer que la qualité de la créance détermine seulement le rang des privilèges généraux. Pour les privilèges spéciaux, le rang est, au contraire, une question de date, ou une question de possession.

(27) Cf. *supra*, p. 176, 6°.

disposition légale, ne prive le failli du bénéfice de la condition ; par conséquent, *les effets non échus ne représentent pas une créance du récepteur contre le remettant en faillite et ne peuvent donc être contre-passés.*

Admettre le contraire équivaldrait à accepter que soit produite au passif une créance fictive, ou même, si l'effet contrepassé se trouve compensé en compte, à permettre au récepteur d'obtenir le paiement d'une créance déjà réglée.

Subsidiairement, on peut remarquer que l'application de la clause consacrerait, pour le récepteur, un avantage qui serait évidemment acquis au préjudice des autres créanciers chirographaires, ce qui peut donner lieu aux observations suivantes :

a) L'article 1165 du Code Civil déclare : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers..... »

Il est unanimement admis « qu'à côté des parties, il faut placer un certain nombre de personnes, qui subissent l'effet du contrat, ou qui en profitent comme les parties elles-mêmes, parce qu'elles sont leurs ayants cause, à savoir, les successeurs universels ou particuliers, et les *créanciers chirographaires* (28) ». Mais on admet également que la survenance de la faillite d'un débiteur supprime ou modifie la qualité d'ayants cause de ses créanciers chirographaires. A cet égard, M. PERCEROT s'exprime de la

(28) Cf. Planiol, II, n° 1172 et suiv.

façon suivante (29) : « Pour expliquer le dessaisissement au point de vue juridique, on n'a donc le choix qu'entre deux procédés : la concession à la masse d'un véritable droit réel, ou l'établissement à son profit d'une présomption absolue de fraude. C'est ce dernier système qui est généralement adopté en France : la jurisprudence et la presque unanimité de la doctrine admettent *que, par le fait du jugement déclaratif, le syndicat des créanciers devient un tiers*, au regard duquel tous les actes du failli postérieurs à ce jugement, sont réputés frauduleux. »

Il résulte de cet état de droit que, par l'intermédiaire du syndic qui la représente (30), la masse des créanciers est fondée à repousser, comme ayant été conclues à son préjudice, les clauses que nous étudions.

b) L'article 1131 du Code Civil dit que : « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet », et l'article 1133 ajoute : « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public ».

Or, il est très généralement admis par la jurisprudence et la doctrine, que les règles de la faillite, et notamment le principe de l'égalité des créanciers, sont d'ordre public.

(29) Percerou et Desserteaux, I, n° 495 *ter*, avec en note références de jurisprudence et de doctrine.

(30) On admet généralement que le syndic est à la fois le représentant de la masse (Req., 2 déc. 1891, *S.*, 93-1-473) et un représentant du failli (Req., 13-2-1883, *J. S.*, 1890-260)

Il est intéressant, à cet égard, de se reporter à un arrêt de la Cour de Rouen du 10 mars 1909, confirmé par la Cour de Cassation le 13 juillet 1910 (31) ; la Cour de Rouen avait déclaré : « *que la règle de l'égalité absolue entre les créanciers chirographaires en matière de faillite est d'ordre public, et que la justice doit refuser sa sanction à un concordat qui constituerait, pour l'un d'eux, un avantage particulier...* »

De nombreux auteurs ont exprimé la même idée (32), et très rares sont ceux qui la combattent (33).

Dans le cas qui nous intéresse, il est instructif de citer quelques-uns des commentaires qu'un civiliste de haute autorité, M. PLANIOL (34), a consacré à la notion d'ordre public. A la question « qu'est-ce qu'une disposition d'ordre public ? », cet auteur répond : « Cela comprend d'abord et nécessairement toutes les lois de droit public....., en outre une loi peut appartenir au droit privé et être cependant d'ordre public. Il en est ainsi toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général qui se trouverait compromis, si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi..... Les lois de droit privé qui présentent ce

(31) *J. Ftes*, 1910, p. 385.

(32) Cf. notamment *Piret*, n° 170, p. 216. — *Journal*.

(33) Parmi ces derniers, Jean Rault (*Rev. Gén. Ftes*, 1936, p. 394) s'exprime ainsi « ...Pendant longtemps, le principe de l'égalité des créanciers dans la faillite, a revêtu la force d'une vérité incontestée, d'un véritable dogme... L'évolution très nette des conceptions commerciales, pose aujourd'hui la question de sa révision. » Il est d'ailleurs intéressant de noter que M. Rault ne prévoit une révision du principe que sur un point particulier (droit du vendeur de matériel et d'outillage) et par une disposition légale.

(34) Planiol, I, n° 291 et 292.

« caractère peuvent se ramener à trois catégories
« principales..... 3° Protection des tiers. Un certain
« nombre de dispositions de la loi s'expliquent par
« l'intérêt des tiers qui pourrait se trouver com-
« promis par un acte intervenu entre des personnes
« déterminées. En faisant un contrat, les particuliers
« ne peuvent pas modifier ces règles qui sont établies
« pour protéger d'autres personnes, celles qui traite-
« ront plus tard avec eux. »

Pour se convaincre que le législateur a attaché une grande importance à ce que l'égalité des créanciers soit réalisée en cas de faillite de leur débiteur (sauf évidemment à respecter les privilèges normalement acquis), il suffit de se reporter aux nombreux articles du Code de Commerce, qui consacrent des dispositions exceptionnelles au bénéfice de la masse des créanciers. Tels sont les articles 446 et 447 dont il a été question dans le premier chapitre de cette étude, l'article 550 relatif aux droits du bailleur et du vendeur de meubles, et même les articles 597 et 598.

Ces deux derniers articles sont ainsi rédigés :

« ARTICLE 597 : Le créancier qui aura stipulé,
« soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes,
« des avantages particuliers à raison de son vote dans
« les délibérations de la faillite, *ou qui aura fait un*
« *traité particulier, duquel résulterait, en sa faveur,*
« *un avantage à la charge de l'actif du failli,* sera
« puni correctionnellement, etc... »

« ARTICLE 598 : Les conventions seront, en outre,
« déclarées nulles, à l'égard de toutes personnes, et

« même à l'égard du failli. Le créancier sera tenu de
« rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il
« aura reçues en vertu des conventions annulées. »

Il est bien certain qu'il n'existe aucun rapport de nature, entre les traités particuliers condamnés et annulés par ces deux articles, et les clauses spéciales d'escompte en compte courant, dans l'établissement desquelles n'intervient aucune intention frauduleuse. Mais le résultat pratique des unes et des autres n'est-il pas le même et n'est-il pas permis de penser que nos Tribunaux, en voulant sauvegarder les légitimes intérêts des escompteurs, se sont parfois trop écartés de la voie que leur a tracée le législateur de 1838 ?

On est d'autant plus à l'aise, pour leur faire un tel reproche que, vis-à-vis d'autres catégories de créanciers, prétendant bénéficier de certains avantages conventionnels, en cas de faillite de leur débiteur, ils ont fait preuve d'une rigueur constante.

Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris du 6 février 1929 (35) a annulé la clause d'un contrat de gage autorisant le créancier gagiste à participer au passif pour le montant total de sa créance, sans tenir compte du produit de la réalisation de son gage contrairement aux dispositions de l'article 548 du Code de Commerce.

Dans le même ordre d'idées, de nombreux arrêts ont, en matière de vente de meubles, prononcé la nullité à l'égard de la masse des créanciers, des clauses de réserve de propriété ou de vente sous condition suspensive, jusqu'à parfait paiement. Au sujet de ces

(35) *G. P.*, 1929-1-412.

clauses, MM. PERCEROU et DESSERTAUX (36) s'expriment ainsi : « Ces stipulations sont nulles, l'article 550, dernier alinéa, du Code de Commerce ayant pour but de protéger la sécurité du crédit commercial, et constituant à ce titre *une disposition d'ordre public*, que les particuliers ne sauraient éluder. Sont donc inopposables aux créanciers de l'acheteur failli, la clause par laquelle le vendeur d'objets mobiliers stipule que, même après la livraison, il restera propriétaire de ces objets, jusqu'au complet paiement du prix (Clause de réserve de propriété) (Cass., 17-7-1895, *D.*, 1896-1-57, note Thaller) ou la vente affectée d'une condition résolutoire (pacte commissaire exprès) (Paris, 20-12-1849, *D. P.*, 1850-2-297), de manière que faute de paiement, la chose vendue soit réputée rétroactivement n'avoir jamais cessé d'appartenir au cédant. »

Le simple principe de l'égalité des créanciers a suffi à la Cour de Paris pour motiver, dans un arrêt du 3 novembre 1928 (37) « l'annulation d'une clause d'indemnité stipulée au profit d'un créancier pour le cas de survenance de la faillite » de son débiteur. Considérant, a dit la Cour, « que le grand principe qui domine la matière des faillites est celui de l'égalité absolue entre les créanciers ; qu'il ne suffit pas que le débiteur ait été « in bonis » pour qu'il ait eu le

(36) II, n° 1026. Cf. également Jean Rault, *Rev. gén. des Fies*, 1936, p. 393 et suiv. La jurisprudence admet que l'action résolutoire et le privilège subsistent au profit du vendeur de meubles s'il a commencé à les exercer dès avant le jugement déclaratif, par application de l'idée que les juges doivent se reporter au jour de l'introduction de la demande pour en apprécier le bien-fondé.

(37) *G. P.*, 1929-1-210.

« droit d'accorder, par des conventions privées, à un
« créancier éventuel, un avantage particulier, pour
« le jour où la faillite sera déclarée, et qui prendra
« naissance à l'instant même de raison où il sera
« devenu inapte à consentir un avantage à l'un de
« ses créanciers... »

Plus remarquable encore est la récente jurisprudence sur l'application, en cas de faillite du locataire, des clauses interdisant la cession du bail ou la sous-location. Deux textes légaux dictaient ses décisions à la jurisprudence, savoir :

1° Le paragraphe 5 de l'article 550 du Code de Commerce, ainsi rédigé : « Dans le cas où le bail contient
« interdiction de céder le bail ou de sous-louer, les
« créanciers ne pourront faire leur profit de la location, que pour le temps à raison duquel le bailleur
« aurait touché ses loyers par anticipation, et toujours
« sans que la destination des lieux puisse être
« changée. »

2° L'article 1717 du Code Civil : « Le preneur a le
« droit de sous-louer et même de céder son bail à un
« autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. *Elle*
« *peut être interdite pour le tout ou pour partie. Cette*
« *clause est toujours de rigueur.* »

Les dispositions de l'article 1717 du Code Civil commandaient apparemment aux Tribunaux d'interpréter restrictivement le paragraphe 5 de l'article 550 du Code de Commerce. Or, depuis l'année 1921, de nombreuses juridictions et la Cour de Cassation elle-même, ont permis à la masse des créanciers de céder

le bail séparément, ou globalement avec le fonds de commerce, en vertu de cette idée que « l'intérêt du « bailleur doit s'effacer, en pareil cas, devant l'intérêt « rêt supérieur des créanciers » (38).

Ainsi, non seulement la jurisprudence reconnaît que l'égalité des créanciers est un principe d'ordre public, mais encore, dans un cas particulier appelé à être fréquemment rencontré, elle va jusqu'à écarter l'application d'une disposition d'ordre public (art. 1717 C. Civ.) au nom de l'intérêt des créanciers.

Cette dernière façon de juger appelle des réserves, mais elle a le mérite de faire clairement ressortir, par opposition, *combien le sort favorable réservé actuellement par la jurisprudence dominante aux clauses de contrepassation avant échéance, est dérogatoire à la ligne générale que nos Tribunaux ont adoptée, à l'égard des conventions passées par le failli alors qu'il était « in bonis ».*

(38) Cf. Percerou et Desserteaux, n° 947 *bis* et les notes, contenant d'intéressants commentaires et d'abondantes références de jurisprudence.

CONCLUSION

La plus utile conclusion que nous puissions donner à notre étude, est de la résumer sous la forme d'un parallèle entre le statut actuel de la contrepassation des effets impayés en cas de faillite et celui que nous préconisons.

a) Si l'on se réfère aux solutions de la jurisprudence et subsidiairement de la doctrine dominante, on constate l'existence des définitions et déductions suivantes :

Le compte courant est un contrat par lequel deux parties stipulent que les créances qui pourraient naître de leurs relations d'affaires, ne resteront pas distinctes (sauf convention contraire), mais seront novées en des articles de débit ou de crédit, formant un tout indivisible jusqu'à l'expiration du contrat, époque à laquelle leur différence ou solde deviendra exigible.

La contrepassation d'un effet escompté, impayé à son échéance, c'est-à-dire le report de cet effet du crédit au débit du compte du remettant, correspond à l'annulation, par un procédé comptable, de l'article de crédit, qui, à la suite d'une convention généralement tacite, avait été inscrit lors de la remise, sous la condition résolutoire du défaut de paiement de l'effet à son échéance.

Le compte courant étant un contrat conclu « intuitu personæ » se trouve dissous de plein droit par la

survenance de la faillite de l'un des correspondants.

Malgré cette faillite et la dissolution du compte qui s'ensuit, la contrepassation reste possible, puisqu'elle ne correspond pas à l'inscription en compte d'une créance nouvelle du récepteur, mais à l'annulation d'une créance ancienne du remettant, rétroactivement détruite par l'avènement de la condition résolutoire précitée, sur le jeu de laquelle la faillite de l'un quelconque des correspondants ne peut avoir aucune influence.

La contrepassation est une faculté laissée au récepteur, qui a le droit d'en disposer ou non selon son intérêt. Elle ne peut être ni exigée, ni évitée par le remettant, qui ne peut que la subir.

Le récepteur est fondé à contrepasser un effet impayé à l'époque qui lui plaît ; il ne peut en principe contrepasser un effet avant son échéance.

Le récepteur peut exercer des poursuites contre les divers signataires d'un effet impayé, et contrepasser ensuite la partie de cet effet qui n'a pas été réglée. Il lui est impossible, après sa faillite ou celle de son correspondant, de contrepasser les frais occasionnés par le défaut de paiement et les poursuites.

La négociation de l'effet qu'il a escompté n'empêche pas le récepteur, lorsque cet effet reste impayé, d'en contrepasser le montant dans la mesure où lui-même se trouve obligé au paiement, aux lieu et place de ses coobligés défaillants. Il n'y a pas à prendre en considération les sommes que le récepteur, s'il est lui-même en faillite, versera finalement au porteur.

Le récepteur qui produit à la faillite du remettant,

en vertu du solde débiteur du compte de celui-ci, n'a pas à joindre au relevé du compte les effets qu'il y a contrepassés.

On admet que le droit de propriété du récepteur subsiste sur les effets contrepassés. Cependant on refuse en général au récepteur d'exercer des poursuites contre le remettant, en vertu d'un effet contrepassé. Par contre, on lui accorde d'en recouvrer le montant sur les coobligés du remettant, mais seulement jusqu'à concurrence de la créance qu'il possède sur ce dernier, en vertu du solde débiteur de son compte.

Le récepteur n'est pas obligé d'imputer, au crédit du compte du remettant failli, les sommes qu'il reçoit des coobligés de celui-ci. En conséquence, le récepteur est fondé à produire au passif de la faillite du remettant, pour le montant du solde débiteur de son compte courant, arrêté au jour de la faillite et majoré des effets impayés et contrepassés, antérieurement à l'admission de la créance au passif.

Le récepteur qui a reçu de la faillite du remettant un dividende sur le solde du compte ainsi établi, n'a pas à tenir compte d'une façon quelconque de ce dividende, dans les poursuites qu'il exerce postérieurement, en vertu d'un effet contrepassé, contre les souscripteur et endosseurs de cet effet, antérieurs au remettant.

Les clauses par lesquelles le récepteur convient avec le remettant, de contrepasser au jour de la faillite éventuelle de celui-ci les effets non échus, sans avoir à imputer par la suite au crédit du compte, les som-

mes qu'il recouvrera sur ces effets, sont valables et opposables à la masse des créanciers du remettant.

b) Les analyses que nous avons faites, nous ont conduit à des notions et des règles parfois très différentes de celles que nous venons d'exposer, savoir :

Le compte courant est un contrat par lequel deux personnes en relations d'affaires décident de ne pas procéder au règlement immédiat de chacune de leurs créances réciproques, mais de ne régler que le solde né des compensations successives de ces créances.

La contrepassation d'un effet escompté, impayé à son échéance, équivaut à un recours de change.

La survenance de la faillite de l'un des correspondants n'entraîne pas la dissolution du contrat de compte courant, dont le fonctionnement n'est suspendu que dans la mesure où il aurait pour effet d'amener la confusion des dettes du failli antérieures et postérieures au jugement déclaratif de la faillite.

La dénonciation du contrat de compte courant par l'un des correspondants, empêche toute remise nouvelle, mais le compte courant se survit pour les besoins de sa liquidation.

L'escompte d'un effet de commerce confère au récepteur, à l'encontre du remettant, une créance sous condition suspensive. Lorsque cette condition se réalise postérieurement à la faillite du remettant (l'escompte étant par hypothèse antérieure à la faillite) le récepteur se trouve posséder contre le remettant, une créance dont la cause est antérieure à la faillite, et qui a donc sa place dans la masse passive de la faillite.

Dans ces conditions, rien ne s'oppose à ce que le récepteur opère une contrepassation postérieurement à la faillite du remettant.

La contrepassation est une faculté pour le récepteur qui est libre d'exercer ou non son recours de change. Mais, sauf convention contraire, le récepteur n'est pas en droit de poursuivre le remettant en paiement d'un effet impayé, autrement qu'en contrepassant cet effet, ceci en vertu de la convention générale de compte courant.

Le récepteur peut opérer quand il lui plaît la contrepassation d'un effet impayé, sauf à se voir opposer par le remettant la prescription annale établie par l'article 179 du Code de Commerce.

La contrepassation d'un effet antérieurement à son échéance est possible dans les trois cas particuliers où, d'après l'article 147 du Code de Commerce, un recours de change est possible avant échéance (refus d'acceptation, faillite du tiré, faillite du tireur d'une lettre non acceptable).

Lorsque le récepteur ayant poursuivi les coobligés du remettant, en paiement d'un effet impayé, a reçu d'eux des acomptes, il peut ensuite contrepasser la partie de l'effet non réglé ; il a même dans deux cas la possibilité d'effectuer une contrepassation totale, à savoir lorsque *tous* les coobligés sont en faillite (art. 542 C. Com.), et lorsque le remettant étant en faillite, un ou plusieurs de ses coobligés ont versé des acomptes après la faillite (interprétation « a contrario » de l'art. 544 C. Com.).

Dans le cas où le récepteur aurait été admis au passif de la faillite du remettant, pour le montant d'un effet impayé, et aurait reçu un dividende, il ne

pourrait pas ensuite contrepasser le surplus de l'effet.

Les frais qu'occasionne au récepteur le défaut de paiement de l'effet par les coobligés du remettant, peuvent être contrepassés au même titre que l'effet, après la faillite du remettant.

Le récepteur qui, à la suite d'une négociation de l'effet qu'il avait escompté, en a perdu la possession, ne peut en contrepasser le montant, au cas de défaillance de ses coobligés.

En conséquence, le récepteur qui produit au passif de la faillite du remettant, pour le montant d'un solde débiteur de compte courant, doit justifier qu'il est en possession des effets contrepassés dans le compte.

Par la contrepassation, le récepteur épuise les recours dont il dispose contre le remettant, en vertu de l'effet impayé. Sur un effet contrepassé dont il a conservé la possession, le récepteur conserve un droit de propriété tant que cet effet n'a pas été entièrement compensé en compte.

Après compensation, le récepteur ne dispose plus que d'un droit de gage constitué par les actions qu'il a la faculté d'exercer contre les coobligés du remettant, aux lieu et place de ce dernier.

Le remettant étant par hypothèse en état de faillite, le récepteur tant qu'il est propriétaire d'un effet contrepassé, peut bénéficier des dispositions des articles 542 et 544 du Code de Commerce. L'article 542 doit être restrictivement interprété, c'est-à-dire appliqué seulement si tous les coobligés sont en état de faillite.

Quant aux sommes que le récepteur récupère, en

vertu du droit de gage dont nous avons parlé, il doit les imputer au crédit du compte du remettant, de façon à ce qu'elles viennent diminuer le solde débiteur de compte, pour le montant duquel il sera admis au passif de la faillite du remettant.

Le récepteur n'a pas à tenir compte des dividendes qu'il a reçus du remettant sur le solde du compte, dans les poursuites qu'il exerce postérieurement contre les coobligés au paiement d'un effet contrepassé.

Les clauses conventionnelles par lesquelles le récepteur se réserve la possibilité de contrepasser au jour de la faillite du remettant les effets escomptés non encore échus, sont nulles, comme aboutissant à permettre soit le règlement par compensation, soit la production au passif du remettant, d'une créance fictive.

Nous ne pensons pas qu'il serait bon d'insérer dans des textes légaux trop minutieux, les règles qui doivent présider au fonctionnement de l'escompte en compte courant, car cette institution est encore en voie d'évolution rapide.

Mais nous estimons qu'il serait utile de fixer dans une loi les principes fondamentaux qui permettraient à la jurisprudence d'éviter les flottements, les contradictions, et l'arbitraire, auxquelles la conduit actuellement l'application des seules règles coutumières.

Les principes que nous avons émis permettraient, croyons-nous, l'élaboration d'une loi susceptible d'assurer l'harmonie et l'homogénéité des décisions de la jurisprudence.

BIBLIOGRAPHIE

AUTEURS

- ALMERAS. — Du sort du mandat, après faillite du mandant ou du mandataire. (*Revue Générale du Droit des Faillites et Liquidations Judiciaires* 1936, p. 79).
- BEVIERRE. — De la Nature Juridique du Compte courant. Thèse, Lille, 1933.
- BOISTEL. — Précis de Droit Commercial, 1884.
- BRUN. — Du Compte Courant en cas de Faillite. Thèse, Paris, 1899.
- CHAVANNES. — Essai sur la Nature Juridique du Compte Courant. Thèse, Lausanne, 1908.
- CHERON. — Notes sous Req., 1^{er} février 1928, *D. P.* 1-119 ; et sous Colmar, 21 juillet 1931, *D. P.* 1932-2-73.
- CLEMENT. — Etude sur le Compte Courant, 1899.
- COMET. — La Novation et l'Indivisibilité dans le Compte Courant. Thèse, Paris, 1934.
- CUCHE. — Précis des Voies d'Exécution. Librairie Dalloz.
- DA. — Du Contrat de Compte Courant en Droit Français. Thèse, Paris, 1877.
- DE BEAUREPAIRE. — Du Compte Courant. Paris, 1896.
- DELAMARRE et LE POITVIN. — Traité de Droit Commercial. T. III, 1861.
- DIETZ. — Des Comptes Courants. Thèse, Paris, 1869.
- ENCYCLOPEDIE DE BANQUE ET DE BOURSE. — (François Marsal) T. II.
- ESCARRA. — Principes de Droit Commercial, T. VI.
- ESMEIN. — Essai sur la Théorie Juridique du Compte Courant. (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1920, p. 79 et s.).

- FARGEAUD. — Le Compte Courant et ses garanties. Paris, 1935.
- Deux Cas pratiques d'application des articles 446 et 447 C. Com. en Matière de Compte Courant. (*Rev. Gén. des Ftes*, 1936, p. 87).
- FEITU. — Traité du Compte Courant, 1873.
- GLASSON. — Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre. T. IV.
- HALSBURY Laws of England, T. 13.
- HAMEL. — Banques et Opérations de Banques. T. I. Notes sous Cass. Civ., *D. P.* 1932-1-49.
- JOURNEL. — Des Effets de la Faillite et de la Saisie-Arrêt sur le Compte Courant. Thèse, Paris, 1928.
- LABBÉ. — Notes sous *Sirey*, 1879-2-145.
- LACAT. — Notes sous Com. Seine, 22 janvier 1936. *Quotidien Juridique*, 23-4-36.
- LACOUR ET BOUTERON. — Précis de Droit Commercial 3^e éd. 1925.
- LEWIN. — Practical Treatise on the Law of Trusts.
- LYON-CAEN ET RENAULT. — Traité de Droit Commercial.
- MARAIS. — Du Compte Courant en Matière de Faillite, 1935
- MARTY. — Les Remises d'Effets de Commerce en Compte Courant, *Ann. Dr. Com.* 1931 p. 93 et s.
- Compte Courant. Variations de Jurisprudence et de Doctrine, *Rev. Dr. Banc.*, 1932.
- MATER. — Un Privilège des Banquiers. La Clause Sauf Encaissement. *Rev. Dr. Banc.*, 1926.
- MOHR. — Der Kontokorrentverkehr. Berlin, 1902.
- NOBLET. — Du Compte Courant, Paris, 1848.
- PARDESSUS. — Traité de Droit Commercial, 1842.
- PERGEROU et DESSERTAUX. — Des Faillites et Banqueroutes et des Liquidations Judiciaires, 1^{re} et 2^e éditions.
- PIRET. — Le Compte Courant, 1932.

PLANIOL et RIPERT. — Traité Elémentaire de Droit Civil, T. II.

POTHIER. — Traité de l'Usure. Section V.

STE. D'ETUDES LEGISLATIVES. — Procès Verbaux de la Commission du Compte Courant, Séance de l'Assemblée Générale. *Bulletins*, 1934, p. 258 et s., 1935, p. 151, 171, 303, 329.

PULBY. — La Coutume et son rôle en matière de Compte Courant. Thèse, Paris 1924.

RAULT. — Des clauses par lesquelles le vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende. *Rev. Générale des Ftes*, 1936, p. 394.

REZZARA. — Dell' Apertura di Credito in Conto Corrente Milan, 1928.

THALLER. — Note sous Cass. Civ., 13 février 1906, *D. P.*, 1907-1-169.

THALLER et PERCEROU. — Traité Elémentaire de Droit Commercial, 8° éd., 1931.

TIMBAL. — Influence de la Faillite du Remettant sur la Contrepassation des Traités par lui remises en Compte Courant à un Banquier Récepteur et non échues au jour de la Faillite. *Rev. Crit. Lég. et Jur.*, 1931, p. 118 et s.

TRASBOT. — De la Contrepassation des Effets de Commerce entrés en Compte Courant. *Ann. Droit Commercial*, 1927, p. 285 et s.

WAHL. — Précis de Droit Commercial.

ZAMFIRESCO. — Contribution à l'Etude du Contrat de Compte Courant en Droit Comparé. Thèse, Paris, 1923.

REVUES

Annales de Droit Commercial. (*Ann. Dr. Com.*).

Dalloz. — Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence (*D. H.*)

- Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine (*D. P.*)

- Jurisprudence Générale. Répertoire de Législation,
de Doctrine et de Jurisprudence (*D. J. G.*).
Gazette du Palais (G. P.).
Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon
Journal des Arrêts de la Cour de Bordeaux (J. Arr.
Bordeaux).
Journal des Faillites et des Liquidations Judiciaires
(J. Ftes).
Journal des Sociétés civiles et Commerciales.
Revue Critique de Législation et de jurisprudence.
Revue générale du droit des faillites et liquidations judi-
ciaires (Rev. Gén. Ftes).
Revue trimestrielle de droit civil.
Revue des sociétés
Revue du droit bancaire (Rev. Dr. Banc.).
Jurisqueuseur périodique (J. Cl. Pér.).
Sirey, recueil général des Lois et Arrêts (S.).
Sirey, recueil des arrêts de la Cour de Cassation.

Vu :

Le Président de la Thèse,
J. ESCARRA.

Vu :

Le Doyen,
EDGARD ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
A. ROUSSY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>Théorie générale du Compte courant</i>	11
<i>Section I.</i> — Historique	11
<i>Section II.</i> — La Théorie Classique	13
A) Préliminaires	13
B) Principes de la théorie classique du Compte courant	16
a) Le compte courant est un contrat d'un type particulier.....	16
b) Remises en compte courant...	19
c) Inscription des remises en compte. Principe de la novation	22
d) Compensation unique des créances réciproques. Principe de l'indivisibilité	26
C) Dérogations aux principes de la théorie classique du compte courant	30
a) Dérogations aux conséquences de la novation.....	31
1° Article 575 § 2 C. Com.	31
2° Dettes de jeu.....	32
3° Inscription en compte de créances non exigibles.....	33
4° Maintien des sûretés.....	34
5° Application de l'article 32 de la loi du 9 mars 1918.....	36

	Pages
<i>b)</i> Dérogations aux conséquences de l'indivisibilité	37
1° Compensation des articles de compte après faillite de l'un des correspondants	37
2° Détermination du patrimoine de la communauté entre époux	40
3° Production d'intérêts par les articles de compte.....	40
4° Maintien des garanties du solde en cas de continuation du compte au delà du terme préfixé	43
5° Utilisation du solde provisoire du compte courant, comme provision d'un effet de commerce ou d'un chèque.....	44
6° Donation par contrat de mariage de biens présents et à venir	45
7° Etablissement des bilans de Sociétés	46
8° Exercice de l'action paulienne par le correspondant créancier en compte courant	47
9° Détermination de la nature civ. ou commerciale du compte	48
10° Déclaration de créance contre l'apporteur d'un fonds de commerce à une société.....	48
11° Annulation de garanties, en vertu du § 4 de l'article 446 C. Com.	50
12° Annulation de remises en vertu du § 3 de l'article 446 C. Com.	52
<i>D)</i> Critique de la théorie classique...	56
<i>E)</i> Aménagements proposés par les auteurs à la théorie classique.....	60

a) Rejet de l'indivisibilité.....	61
b) Rejet de l'indivisibilité et de la novation	61
c) Rejet de l'indivisibilité, modi- fication de la novation.....	63
<i>Section III. — Théorie des compensations successives</i>	65
1° Action isolée en paiement de l'une quelconque des créances inscrites en compte.....	67
2° Tant qu'une créance n'a pas été éteinte par compensation, les privilèges et sûretés dont elle était affectée subsistent.....	68
3° Prescription des créances ins- crites en compte.....	70
4° Les créances inscrites en comp- te conservent leur caractère civil ou commercial	72
5° Cours, calcul et capitalisation des intérêts	74
6° Application des règles relati- ves à l'imputation des paiements	76
7° Application des dispositions du § 3 de l'art. 446 C. Com.	79
8° Application du § 4 de l'art. 446 du C. Com.	82
9° Possibilité d'une saisie-arrêt sur le solde créiteur provisoire du compte	83
10° Interprétation de l'article 575 § 2 C. Com.	83
11° Dettes de jeu	84
12° Dettes non exigibles inscrites en compte	85
13° Application de l'article 32 de la loi du 9 mars 1918.....	85

	Pages
14° Les diverses autres dérogations que la jurisprudence a dû apporter à la théorie classique deviennent des solutions normales si l'on adopte la théorie des compensations successives.	85
CHAPITRE II. — <i>La contrepassation des effets impayés</i>	87
<i>Section I.</i> — Le contrat d'escompte. L'escompte en compte courant.....	87
<i>Section II.</i> — Définition, fondement et nature de la contrepassation.....	94
A) Définition	94
B) Fondement et nature de la contrepassation d'après la jurisprudence.	96
C) Fondement et nature de la contrepassation d'après la doctrine.....	102
1 ^{re} Théorie : La contrepassation est une application de l'article 1184 C. Civ.	102
2° Théorie de la condition résolutoire conventionnelle tacite....	104
3° Théorie du défaut de cause..	108
4° Théorie du mandat.....	109
5° Théorie du recours de change	111
<i>Section III.</i> — Exercice de la contrepassation en cas de faillite d'un correspondant	113
A) Influence de la faillite de l'un des correspondants sur la possibilité de contrepasser	113
B) A qui appartient le droit de contrepasser ?	124
C) Quand le récepteur peut-il contrepasser ?	127

	Pages
a) Contrepassation postérieure à l'échéance	127
b) Contrepassation antérieure à l'échéance	130
1° Application de l'art. 147 C. Commerce	130
2° Ancienne controverse jurisprudentielle sur la possibilité pour le récepteur de contrepasser les effets non échus en cas de faillite du remettant	132
D) Quelles sommes le récepteur peut-il contrepasser ?	137
a) Avant de contrepasser, le récepteur a exercé des poursuites contre les coobligés du remettant et encaissé des acomptes	137
b) Le récepteur a poursuivi le remettant en paiement de l'effet, et reçu un acompte.....	139
c) Contrepassation des frais ...	141
E) La contrepassation en cas de réescompte	144
a) Théorie favorable à la contrepassation de l'effet négocié....	145
b) Théories défavorables à la contrepassation des effets négociés	150
F) Obligation, pour le récepteur qui exerce contre le remettant une action en paiement du solde débiteur de son compte courant, de justifier de la possession des effets contrepassés	153

CHAPITRE III. — <i>Conséquences de la contrepassation</i> : Sort des effets contrepassés. Imputation des versements faits au récepteur par les coobligés du remettant	157
---	-----

	Pages
<i>Première explication</i> : La contrepassation annule purement et simplement le droit de propriété du récepteur. . . .	157
<i>Deuxième explication</i> : La contrepassation n'exerce aucune influence sur le droit de propriété du récepteur (théorie de la Cour de Cassation). .	159
<i>a)</i> En ce qui concerne la possibilité d'un recours contre le remettant en vertu d'un effet contrepassé	161
<i>b)</i> En ce qui concerne la possibilité d'un recours après contrepassation contre les coobligés du remettant	165
<i>c)</i> Le récepteur qui a touché un dividende dans la faillite du remettant sur le solde débiteur du compte doit-il en faire état dans les poursuites qu'il exerce ensuite contre les coobligés du remettant?	178
<i>Troisième explication</i> : La contrepassation résout le droit de propriété du récepteur, mais lui laisse un droit de rétention	179
<i>Quatrième explication</i> : La contrepassation résout le droit de propriété du récepteur et lui confère un mandat de recouvrement des effets contrepassés	181
<i>Cinquième explication</i> : La contrepassation résout le droit de propriété du récepteur qui agit contre les coobligés en vertu de l'action oblique (art. 1166 C. Civ.)	183

	Pages
<i>Sixième explication</i> : Le récepteur possède sur les effets contrepassés un droit de gage.....	184
<i>Septième explication</i> : Le récepteur dispose sur les effets contrepassés d'une garantie innommée.....	191
<i>Huitième explication</i> : La contrepassation maintient au récepteur son droit de propriété sur les effets, mais les coobligés du remettant ne peuvent être considérés comme partiellement tenus au paiement du solde débiteur de son compte.....	199
<i>Appréciation générale</i>	204
 CHAPITRE IV. — <i>Conventions relatives à la contrepassation des effets impayés</i>	 213
A) Exposé général	213
B) Position de la jurisprudence.....	215
C) Position de la doctrine.....	225
D) Appréciation	228
 CONCLUSION	 240
BIBLIOGRAPHIE	247
TABLE DES MATIÈRES	251

Imprimerie
H. JÉHAN
GAILLON - EURE

